LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN


EX LIBRIS DR· ALFRED PLATZ

FERDINAND LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN

HERAUSGEGEBEN
UND EINGELEITET
VON

EDUARD BERNSTEIN

*VOLLSTÄNDIGE AUSGABE
IN ZWÖLF BÄNDEN*

VERLEGT BEI PAUL CASSIRER, BERLIN
1920

FERDINAND LASSALLE

GESAMMELTE REDEN UND SCHRIFTEN

HERAUSGEGEBEN
UND EINGELEITET
VON

EDUARD BERNSTEIN

ZWÖLFTER BAND.

DAS SYSTEM DER ERWORBENEN RECHTE
II, 2

VERLEGT BEI PAUL CASSIRER. BERLIN
1920

DRUCK VON OSCAR BRANDSTETTER, LEIPZIG

XXVI. Der suus und der Grundsatz nemo pro parte testatus usw. Fortsetzung der Erörterung über das Verhältnis des Intestaterbrechtes zum testamentarischen. — Die Dialektik des Begriffes als Ursache der quantitativen Erbteilsunterschiede bei Einsetzung und Präterition des suus.

Haben wir jetzt die hohe spekulative Konsequenz dieser Bestimmungen des alten Zivilrechtes nachgewiesen, die bisher unverstanden bleiben mußten, so drängt sich zugleich hier von selbst eine Betrachtung hervor, die das, was wir oben über das Verhältnis des Intestat- zum Testamentsrechte nachgewiesen haben, auf das glänzendste zu bestätigen geeignet ist.

Wie kommt es nämlich, daß das, was wir soeben aus Gajus mitgeteilt haben, zusammenbestehen kann mit jener Hauptregel des zivilen Erbrechtes: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest? Statt den Widerspruch dieser Regel und jenen Sätzen des Gajus über den präterierten suus, der nicht filius ist, aufzulösen, ist, soviel wir uns mindestens augenblicklich erinnern, dieser Widerspruch nirgends auch nur hervorgehoben und konstatiert worden! Und doch ist er offen zutage liegend und unleugbar. Der Erblasser wird als ein testatus beerbt, denn es erben die scripti heredes. Er wird auch als ein intestatus beerbt, denn es erbt auch der suus, den er nicht eingesetzt hat.

Da der Widerspruch ein sinnlich in die Augen fallender ist, so wird man sich also in die beliebte und bequeme Ausrede flüchten, es liege hier eine „Ausnahme" von

jener Regel vor. Aber wenn irgendwo, sollten doch hier die Worte einer schon früher bezogenen Stelle des Cicero zeigen, wie skeptisch man sich bei jener Regel gegen das Zulassen von Ausnahmen verhalten muß[1]): „Unius enim pecuniae plures dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, *nec unquam factus est,* ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset", zumal man es hier nicht mit Verordnungen der Kaiserzeit, nicht mit der privilegierten Sphäre des Soldaten, nicht mit den Auflockerungen und Abweichungen zu tun hat, welche etwa die querela inofficiosi durch ihre Entstehung an der Strenge des alten Zivilrechtes hervorbringen könnte, sondern man sich hierbei mitten im alten Zivilrecht selbst befindet; so daß jenes von Gajus und Ulpian berichtete Adkreszieren zur Hälfte geradezu die direkte zivilistische Verneinung des ebenso zivilistischen Grundsatzes: Nemo pro parte etc., zu bilden und ihn Lügen zu strafen scheint.

Allein der Widerspruch ist überhaupt nur ein scheinbarer; er ist nur dann vorhanden, wenn man den bereits von uns im allgemeinen entwickelten Begriff des Intestatrechtes (s. Nr. XXII) bloß nach seiner sinnlichen Erscheinung, d. h. falsch auffaßt, als das Recht, welches eintritt, wenn der Erblasser ohne Testament stirbt, oder mit anderen Worten, wenn man das bereits mehrfach von uns erörterte Verhältnis des suus zum Intestaterbrecht verkennt.

Das Intestaterbrecht ist, wie wir daselbst zeigten, kein bloßer Gegensatz zum Testamentsrecht, es ist ein untergeordneter, d. h. auch schon in Einheit mit dem eigenen Begriffe des Testamentsrechtes, der Willensperpetuierung, stehender Gegensatz gegen dasselbe. Und

---

[1]) De inventione, II, c. 21.

diese Einheit tritt eben sinnfällig und als besondere Klasse heraus im suus. Der suus ist, sagten wir daselbst, die indifferente Mitte zwischen Intestat- und Testamentsrecht. Er ist die unmittelbar vorhandene Sichselbstfortsetzung des subjektiven Willens. Als unmittelbar ist er Erbe ohne besonderes Setzen, ohne Testament. Aber ebenso ist er als unmittelbar vorhandene Fortsetzung und als vom eigenen subjektiven Willen ausgehende Selbstfortsetzung desselben, ohne Intestatgesetz, sine lege, vorhanden und von selbst gegeben. Das Intestatgesetz kann ihm daher, wie wir S. 307fg. sahen, und wie Paulus in seinen Worten, S. 318fg., sehr wohl herausfühlt, das Erbrecht gar nicht erst *qua lex* übertragen, es kann nur das Faktum konstatieren, daß er die von selbst vorhandene Fortexistenz des subjektiven Willens des Erblassers, daß er von selbst seiender Erbe ist. Das wahre und eigentliche Intestatrecht im römischen Sinne, das Intestatrecht in seinem Gegensatz zum Testament, tritt erst ein, wo weder ein selbstgesetzter, noch von selbst unmittelbar daseiender Willensperpetuierer existiert, sondern nur durch die subsidiäre Intervention des Staates und nach seiner allgemeinen Ordnung Fürsorge für die Perpetuierung des subjektiven Willens getroffen werden muß. Da also der suus an und für sich schon nach seinem Begriffe die Einheit von Testaments- und Intestaterbschaft, die indifferente Mitte beider, bildet, kann bei ihm jener Gegensatz von *testatus* und *intestatus* auch nicht stattfinden. Es kann daher nach jenen Berichten des Gajus und Ulpian im alten Zivilrecht der präterierte suus dem fremden Testamentserben adkreszieren und so eine Erbschaft eintreten, die halb Testaments-, halb Intestaterbschaft zu sein scheint, ohne daß jener Satz: Nemo

pro parte testatus etc., im geringsten verletzt, ohne daß nur eine Ausnahme von ihm gemacht wird, denn der suus ist eben gar kein solcher intestatus. Wenn Cicero also sagte: „*Nec unquam factum est,* ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius *lege* heres esset", so widerspricht dem jenes zivilrechtliche zur Hälfte Adkreszieren des übergangenen suus also gar nicht, denn der suus ist ja eben gar nicht „*lege*", sondern von selbst Erbe. Es findet also auch hier das gar nicht statt, wovon Cicero mit Recht sagt, daß es niemals stattgefunden habe. Oder der Gegensatz von testatus und intestatus ist, wie die Ciceronianische Stelle jetzt zur Evidenz deutlich zeigt, der Gegensatz von testamentum und *lex,* vom Setzen durch eigenen Willen und dem Gesetztsein durch das Gesetz, dem allgemeinen Willen des Staates, zwischen welchen beiden Dingen in der Tat natürliche pugna ist, nicht aber der bloße Unterschied des Setzens oder unmittelbaren Daseins des eigenen Willens[1]). Dieser Unterschied hat, als ein Unterschied innerhalb des eigenen Willens, an diesem seine Einheit, vermöge derer er, wie jene Adkreszenz zeigt, sehr wohl friedlich nebeneinander bestehen kann.

Jetzt ist nun aber auch die volle innere Übereinstimmung ersichtlich, mit welcher der filius, der gegen den einen der eingesetzten Erben durchgedrungen, gegen den anderen unterlegen ist, die teilweise Reszission des Testamentes erlangen kann, ohne daß dem Grundsatz: Nemo pro parte testatus etc., dadurch widersprochen wird (s. oben

[1]) Der ja auch, ob der suus durch Zeugung, Adoption usw. hervorgebracht ist, immer in seiner Entstehung auf ein Setzen durch den eigenen Willen zurückläuft und eben deshalb unmittelbares Dasein des eigenen Willens ist, weil er bereits ein Gesetztsein desselben ist.

S. 215 fg.). Denn der suus, auch wenn er ab intestato durchdringt, ist eben kein Intestaterbe, sondern, wie wir sahen, die Einheit und indifferente Mitte von beiden. Und so wird denn jetzt die hohe Bestätigung ersichtlich sein, welche die jetzt erst verständlichen Worte Papinians (L. 15, § 2, de inoff. test. 5, 2) unserer Entwickelung verleihen. „Nec absurdum videtur" — sagt Papinian in bezug auf den in Rede stehenden Fall — „pro parte intestatum videri." Also der Erblasser scheint nur teilweise ab intestato beerbt zu werden. Daß er es wirklich wird, gibt Papinian nicht zu. Denn der filius ist selbst so gut wie ein Testament, ist vom Erblasser gesetzte Willensidentität mit ihm, und andererseits hatte, wie wir sahen, die querela die Bedeutung, das faktische Gewollthaben und Andersgewollthaben des Testators zu leugnen[1]).

Wenn der präterierte suus durch das bloße Faktum jener Adkreszenz sich als die indifferente Mitte von Testaments- und Intestaterben erweist, so tritt das nun auch weiter realiter in der quantitativen Erbportion hervor, die er erhält. In der Tat erbt er nicht ex testamento, denn im Testament steht er nicht, und nach dem Testament müßte er gar nichts erben. Er erbt aber auch nicht ab intestato; denn als Intestaterbe müßte er den extraneis gegenüber alles erben, während er nur die Hälfte bekommt. Aber auch eingesetzten *suis* gegenüber erbt er nicht nach Intestatrecht. Es kann sich allerdings so treffen, daß der präterierte suus durch seine Adkreszenz den eingesetzten Erben gegenüber so erbt, wie er und sie

[1]) Siehe die bisherigen gescheiterten Versuche hierüber bei Vangerow, Pandekten (Marburg 1852), II, § 479, und die dort angegebene Literatur, sowie unsere Beilage zu Nr. XL über die von Huschke versuchte Lösung.

nach dem Intestaterbrecht geerbt haben würden, z. B. wenn der Erblasser seine zwei Söhne im Testament zu Erben eingesetzt und den aus einem gestorbenen dritten Sohne herrührenden einzigen Enkel präteriert hat. Die bei der Adkreszenz des suus eintretende Verteilung pro parte virili trifft hier im Resultat mit der nach Intestatrecht in diesem Fall eintretenden Erbfolge in stirpes völlig zusammen. Jeder erhält ein Dritteil. Aber es kann der innere Unterschied vom Intestaterbrecht ebensogut auch äußerlich hervortreten, z. B. wenn der Testator einen Sohn und zwei aus einem zweiten toten Sohne stammende Enkel hinterläßt und nun den lebenden Sohn und den einen Enkel jeden zur Hälfte einsetzt, den Bruder des letzteren aber präteriert. Sollte hier nach Intestatrecht geerbt werden, so würde der Sohn die Hälfte und jeder der beiden Enkelbrüder ein Viertel erben. Die Worte des Gajus und Ulpian dulden aber keinen Zweifel darüber, daß auch hier pro parte virili geerbt wird, jeder der drei Erben also ein Dritteil erbt. Der eingesetzte Enkel erhält daher ebensoviel, der Sohn weniger und der präterierte Enkel mehr, als er ab intestato geerbt haben würde. Dies Resultat kann zunächst äußerst überraschen und als höchst anomal erscheinen. Wie kann der Sohn, gerade weil er auf die ihm ab intestato zukommende Hälfte auch noch ausdrücklich eingesetzt ist, weniger erhalten, als ihm ab intestato gebührt haben würde? Wie kann der im Testament verschwiegene suus gerade dadurch größere Kraft gewinnen und mehr bekommen, als er bekommen würde, wenn gar kein Testament vorläge? Allein das römische jus civile ist das sich um solche Billigkeitsreflexion und Verstandesverwunderung durchaus nicht kümmernde Recht des spekulativen Begriffes. Äußerlich nahe kann man sich dieses anomale Resultat etwa dadurch

bringen, daß man sich z. B. vorstellt, der eingesetzte Enkel habe durch die testamentarische Erbeinsetzung die Kraft und Nähe eines filius zum Testator bekommen. Dann stimmt jenes Resultat mit dem Intestatrecht überein. Denn dann ist durch das Dasein des zweiten filius der erste Sohn von selbst auf ein Dritteil zusammengedrückt, da jetzt der präterierte Enkel als alleiniger Enkel, als alleiniger Repräsentant eines toten Sohnes, ein Dritteil erhalten muß. — Allein diese Übereinstimmung wäre eine sich sehr widersprechende Verstandesfiktion! Denn die Übereinstimmung mit dem Intestatrecht wäre dann nur dadurch da, daß — welche contradictio in adjecto! — testiert worden ist! Der wahre begriffliche Grund ist aber kein anderer als der entwickelte, daß das Intestatrecht hier eben überhaupt nicht eintritt, vielmehr das Testament ja bestehen bleibt und somit alle Erben, auch der präterierte, als Testamentserben erscheinen müssen, die einen als eingesetzte, der präterierte als stillschweigend und von selbst im Testament vorhandener; daß aber eben darum auch die Erbquote des präterierten suus, da sie im Testament nicht ausdrücklich bestimmt ist, als ebenso von selbst und unmittelbar gegebene gelten muß, wie sein Erbtum überhaupt. Indem sie aber, wo ihm gleichfalls sui als eingesetzte Erben gegenüberstehen, überhaupt nicht als durch seinen spezifischen Begriff gegeben erscheinen kann, weil hier eben kein Unterschied im Begriffe stattfindet, und die Gegenüberstehenden das Gleiche sind, was er, oder mit anderen Worten: das Verhältnis nicht ein Verhältnis von Eingesetzten zu Unmittelbaren, sondern von einem zu mehreren derselben Art ist, so kann die Quote, wenn sie dennoch als eine unmittelbar und stillschweigend gegebene

erscheinen soll, nur noch durch das Verhältnis seiner Zahl zur Zahl der eingesetzten *sui* gegeben sein, und der präterierte muß also hier jedenfalls den durch die Kopfzahl bestimmten Bruchteil erben. Und so muß er denn, weil die Quote hier eben nicht als die durch seinen Begriff, sondern als durch das das Zahlenverhältnis, in dem er zu dem ihm Gleichen steht, bestimmte erscheint, hier sowohl mehr als weniger erben können, als ihm nach dem Intestatverhältnis unter sui zukommen würde[1]).

XXVII. Die Unterschiede in der Exheredationsformel und die Legatshinzufügung.

Wir haben gezeigt, worin der materielle Unterschied bei der Präterierung zwischen dem filius einerseits und der Tochter oder dem Enkel andererseits, trotz der allen dreien zukommenden Suität, besteht, und haben diesen Unterschied des Rechtes als einen aus dem inneren Unterschied ihres eigenen Begriffes hervorfließenden nachgewiesen. Derselbe Begriffsunterschied versucht nun auch in der Form der Exheredation, resp. Präterierung, sich Dasein zu geben, kann aber hier keine Festigkeit gewinnen, weil er mehr inhaltlicher Natur ist, und in formeller Hinsicht die allen Kindern gemeinschaftliche Eigenschaft

---

[1]) Weniger würde er z. B. in dem Falle erben, wo der Testator fünf Enkel aus zwei gestorbenen Söhnen hinterläßt, vier aus dem einen, welche er einsetzt, einen aus dem anderen, welchen er präteriert. Nach Intestatrecht würde dieser Enkel die Hälfte haben, nach testamentarischer Adkreszenz hat er ein Fünftel.

der Suität, die Eigenschaft, Erben in der Form der Unmittelbarkeit zu sein, durchschlagen muß. Der filius, welcher, wie wir sahen (S. 345, 348), allein in völliger Identität mit dem Gewalthaber dies darstellt, zum Träger und Subjekt eines Willenskreises zu werden, dem er bisher substantiell angehörte, muß daher jedenfalls als Subjekt, d. h. nicht bloß ausdrücklich, sondern auch namentlich enterbt werden. Von der Tochter, die nicht zum tragenden Subjekt eines Willenskreises, einer Willensreihe wird, sondern sich nur für sich in der Reihe der Befreiten befindet; vom Enkel, der selbst erst durch die Kategorie des filius vermittelt und somit immer ideelles Glied einer Reihe ist, scheint es dagegen auch hinreichend, wenn sie nur als solche Glieder der von jenem Subjekt geführten Reihe, d. h. inter ceteros aufgehoben worden. Ulpian[1]: „Filius qui in potestate est, si non instituatur heres, *nominatim* exheredari debet; *reliqui* sui heredes utriusque sexus *aut nominatim aut inter ceteros.*" Es bleibt also hier zwischen beidem die Wahl. Indem aber diese anderen Erben doch immer sui, unmittelbare Erben sind, muß der Zweifel, ob ihre Unmittelbarkeit hinreichend durch die nichtspezielle Negation, durch die bloße Verneinung der Reihe, aufgehoben ist, besonders dann sich geltend machen, wenn ihre Unmittelbarkeit erst später als die Verneinung eingetreten ist, d. h. wenn sie *postumi* sind[2]) und also die Frage entstehen muß, ob sie in diese Verneinung inter ceteros, zu deren Zeit sie noch gar nicht vorhanden waren, als miteinbegriffen

[1]) Fragm. XXII, 20.

[2]) Der *filius* postumus muß natürlich als filius immer nominatim exherediert werden, und die Formel lautet daher bei ihm: „Quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto." Inst., § 2 de exh. lib. (2, 13).

anzusehen sind. Dieser mangelnden Kraft und Bestimmtheit der nicht speziellen Aufhebung einer erst später eintretenden Unmittelbarkeit gegenüber muß daher durch die Hinzufügung eines Legates für diese postumi nachgeholfen werden. Und darum fährt Ulpian a. a. O. fort: „Postumus filius nominatim exheredandus est; filia postuma ceteraeque postumae feminae vel nominatim, vel inter ceteros; *dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur.* Nepotes et pronepotes, ceterique masculi postumi praeter filium vel nominatim vel inter ceteros *cum adjectione legati sunt exheredandi.*" Die Institutionen geben als Grund dieser Legatshinzufügung an: „Ne *videantur praeteritae esse per oblivionem.*" Es ist dieser Grund aber gleichfalls nicht sowohl psychologisch, als vielmehr logisch aufzufassen. Durch die besondere Legatshinzufügung für sie ist erstens gesetzt, daß sie, obwohl ihre Unmittelbarkeit erst nach der Verneinung eintrat, dennoch in die Verneinung der Reihe einbegriffen sind. Und zweitens und hauptsächlich muß jetzt, nach dem, was oben (Nr. XIV fg.) über den direkten Gegensatz von Erben und Legatar entwickelt worden ist, klar sein, daß sie gerade dadurch, daß sie zu Legataren gemacht werden, nun gewiß als Erben ausgeschlossen sind, da der Begriff beider dieses gegenseitige sich Ausschließen ist.

Allein dieses Aufheben ihres unmittelbaren Erbcharakters durch ihr Gesetztwerden als Legatare bleibt immerhin ein implizites Aufheben und Ausschließen. Der Begriff aber der Exheredation überhaupt war ja eben der (S. 341), daß nicht implizite, sondern formell und ausdrücklich aufgehoben werden müsse. Es kann daher wieder hier der schwankende Zweifel entstehen, ob diese Ausschließung, als implizite, eine dem Begriff der ganzen Sphäre angemessene und entsprechende sei. Und so fährt

denn Ulpian, sehr deutlich die Bewegung dieser Momente verratend, nach den zuletzt angeführten Worten fort: „sed *tutius* est tamen *nominatim* eos exheredari, et id *observatur magis.*“

XXVIII. Der necessarius heres oder der als ein anderer gesetzte Erbe; der Sklave. — Der Übergang zum extraneus heres oder dem Erben überhaupt.

Ehe wir die Dogmatik des suus durch die Betrachtung der Bedingungen, deren Gegenstand er sein kann, zu Ende führen, ist es hier am Ort, einen Blick auf einen anderen Erben zu werfen, mit welchem der suus die eine Seite seines Wesens gemein hat: auf den Sklaven, der bloß heres necessarius, nicht suus ist, während dieser im Unterschiede von ihm als suus *et* necessarius bezeichnet wird.

Auch der Sklave steht in der Gewalt des Herrn, auch er kann Erbe werden. Aber er ist, auch wenn er Erbe wird[1]), dennoch niemals ein suus. Denn er ist nicht von selbst und unmittelbar durch sein bloßes Dasein Erbe, sondern bedarf hierzu der ausdrücklichen Einsetzung des Testators. Zwar steht er, als in der Gewalt befindlich, mit diesem in Willenseinheit, aber so wie die Sache mit ihrem Herrn, nicht wie die Substanz mit ihrem von ihr durchdrungenen Subjekt. Nicht die Bestimmung in sich tragend, wie die Kinder, zu irgendeiner Zeit zur eigenen Willenssubjektivität zu gelangen, ist

[1]) Selbstredend kann nur dies eine kurze Beleuchtung zu erfordern scheinen; nicht der Fall, wenn er überhaupt nicht erbt und Sklave bleibt. Vgl. übrigens oben S. 306, Note 1.

und dies ist auch der Grund, aus welchem er nicht von selbst zum Erben wird — die im Erbtum von ihm erlangte Willenssubjektivität nicht das von selbst erfolgende Hervortreten derselben als einer schon bisher an sich in ihm vorhandenen, nicht das bloße unmittelbare Fürsichwerden dessen, was schon bisher, nur in substantieller Gebundenheit, sein eigenes identisches Wesen bildete, sondern eine nur durch das ausdrückliche Setzen eines anderen — durch die Erbeinsetzung — ihm übertragene Subjektivität. Als eine ihm durch einen anderen übertragene, ist sie eine seinem bisherigen Wesen andere, eine demselben fremde und neue Willenssubjektivität, somit aber auch gegen jenen selbst, welcher das herrschende Subjekt seines bisherigen Wesens war, gegen den Herrn, neue und fremde Subjektivität[1]). Der zum Erben eingesetzte Sklave erlangt daher, wie der Sohn bei der Emanzipation, eine ihm selbst und seinem bisherigen Herrn neue und fremde Willenssubjektivität. Oder mit anderen Worten: er ist dem Erblasser gegenüber wahrhafter *extraneus heres*[2])

[1]) Der Sklave steht überhaupt in Willenseinheit mit seinem Herrn als ein ihm anderer, nicht wie der Sohn als ein mit ihm identischer. Nur aus diesem Begriffsunterschiede erlangen eine Masse von Erbrechtssätzen ihr Verständnis, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, z. B. daß, wenn ein fremder Sklave eingesetzt wird — in welchem Falle der Herr desselben Erbe wird — dieser nach dem Testament oder selbst nach dem Tode des Testators, aber vor der Adition von seinem Herrn verkauft worden ist, jetzt der neue Herr Erbe wird (Gajus, II, § 189; Ulpian, XXII, § 13).

[2]) Dies tritt am deutlichsten heraus, wenn die beiden im Text unterschiedenen ideellen, aber gleichzeitigen Momente dazu gelangen, auch zeitlich auseinanderzufallen, wenn nämlich der vom Testator eingesetzte Sklave desselben noch vor dem

Zugleich aber ist er auch zum Erben gemacht, d. h. es ist ihm Identität mit der eigenen Willenssubjektivität des Herrn aufgedrückt worden. Er befindet sich also in der Lage eines an sich fremden Willens, der aber bereits die ihm übertragene Identität mit der ihm fremden Willenssubjektivität des Erblassers übernommen hat, d. h. er ist ein *extraneus* heres, der bereits die Adition geleistet hat.

Tode von ihm manumittiert wird. Hierdurch wird der Sklave zum bloßen *extraneus heres;* d. h. er kann nicht nur die Erbschaft ausschlagen, sondern er muß auch, um sie zu erwerben, zuvor Adition leisten; Gajus, II, § 188. Entscheidender aber noch darin, daß, wenn der Testator den eigenen eingesetzten Sklaven nach dem Testament veräußert hat, dasselbe hierdurch nicht rumpiert wird, sondern durch die Adition des Sklaven jetzt der neue Herr Erbe, der Erblasser also durch eine ihm fremde Subjektivität fortgesetzt wird. Dies muß aber schon vor der Veräußerung des zum Erben eingesetzten Sklaven der Begriff der Sache gewesen sein, weil sonst sicherlich dadurch das Testament rumpiert werden würde. Man kann also sagen, daß, obwohl der Sklave in Gewalt und insofern in Willensidentität mit dem Herrn steht, doch wegen des hierbei aufgezeigten begrifflichen Unterschiedes (s. oben S. 306 u. Note 1 das.) der Erblasser bei der Sklavenerbschaft immer durch eine ihm fremde Willenssubjektivität fortgesetzt wird, und es rein gleichgültig und zufällig ist, ob die den Sklaven zur Zeit der Erbschaft beherrschende, dem testierenden Herrn fremde Subjektivität die eigene frei gewordene des Sklaven, oder die eines anderen und welches Herrn ist. Nur daß im ersteren Falle, da gleichzeitig mit der Freiheit auch die durch das Erbtum übergehende Willenssubjektivität des Herrn im Sklaven schon vorhanden und diese Freiheit selbst schon das Dasein dieses testamentarischen Willens ist, das Eingetretensein der Freiheit also schon das Eingetretensein des Erbtums, und umgekehrt, beweist, und deshalb die Adition nicht denkbar ist. Man kann also sagen, daß der Sklave ein extraneus heres invitus und ohne Adition ist.

Aus dem begrifflichen Ineinander dieser beiden ideellen Momente folgt nicht bloß, warum der Sklave invitus heres und ohne Adition sein muß, sondern es ergibt sich zugleich daraus die innere Berechtigung der folgenden Kontroverse.

Weil auf den Sklaven im Erbtum die Willenssubjektivität des Herrn als eine ihm andere übertragen wird, so folgt zunächst hieraus, daß auch in der Erbeinsetzung beide Momente — ebenso wie das Erbesein oder die Identität mit dem Herrn, so auch das Erben als eine neue und fremde Willenssubjektivität gegen den Herrn — ausdrücklich nebeneinander gesetzt werden; d. h. daß der Erbeinsetzung ausdrücklich die *libertas* hinzugefügt werde. Dies ist die uns von Gajus (II, 185) und Ulpian (XXII, 12) berichtete Folgerung des alten Zivilrechtes, und die Formel lautet daher hier: „Stichus servus meus liber heresque esto." Ist die Libertät nicht ausdrücklich ausgesprochen (institutio sine libertate), so wird es betrachtet, als wolle sich der Herr mit dem Sklaven nicht als einer ihm anderen Willenssubjektivität identifizieren. Als eine ihm nicht fremde, würde er aber noch sein Sklave und somit als solcher noch gar keine Willenssubjektivität, daher auch der Fortsetzung einer solchen oder des Erbtums nicht fähig sein. Wenn er aber inzwischen nach dem Testamente vom Testator freigelassen oder veräußert worden ist, so würde er jetzt zwar das Dasein einer Willenssubjektivität, aber einer dem Testator fremden, und also gar nicht zum Erben eingesetzt sein. Daher gilt hier die Institution sine libertate überhaupt nicht, auch nicht in den letztgedachten Fällen der vor dem Tode des Testators erfolgten Freilassung oder Veräußerung (institutio omnino non consistit, s. Gajus und Ulpian, a. a. O.).

Umgekehrt aber wird dem Erben vom Erblasser in

der Erbeinsetzung nicht dies und jenes Besondere, sondern eben nichts anderes als die Identität selbst mit der Willenssubjektivität des Erblassers verliehen. Ob also die Freiheit ausdrücklich erwähnt sei, oder nicht, so ist sie stillschweigend und notwendig schon durch die Kraft dieser Identifizierung verliehen, durch welche der Erblasser dem Erben jede Identität mit seinem eigenen Willen verleiht, die überhaupt nur zu verleihen in seiner Macht steht. Indem er ihn zum Fortsetzer seines Willens erklärt, hat er ihn stillschweigend zum Herrn seiner selbst gemacht. Wegen des untrennbaren Ineinanderseins der obigen Momente hat er den Sklaven, dessen Freiheit ja nur von seinem Willen abhängt, indem er ihn als Erben, d. h. als Dasein dieses seines Willens setzte, hierdurch von selbst nur noch abhängig von einem Willen, der jetzt der seinige ist, d. h. frei gemacht.

Dies ist die Seite, die Justinian hervorkehrt, indem er unter anderem dabei ausruft[1]: „Neque enim ferendum est supponere, quosdam esse ita supinos, ut eundem servum et heredem instituant sine libertate et iterum alii per legatum eundem servum assignent." Er verfügt also, daß bei der Erbeinsetzung (nicht beim Legat) auch ohne Hinzufügung der Freiheit diese „quasi injuncta" vorhanden sein und die Institution bestehen soll. Und er behauptet ausdrücklich, daß er hierin kein neues Recht mache, sondern nur einer alten Kontroverse Autorität verleihe[2]: „Proprios (servos) autem olim quidem secundum *plurium* sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat; hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est, quod non per *innovationem*

[1]) L. 5 C. de necess. serv.
[2]) Inst. pr. de hered. inst. (2, 14)

introduximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium spripsit refert."

So plausibel und richtig aber auch das Argument ist, daß niemand bei der Einsetzung des Sklaven ihm die Freiheit werde vorenthalten wollen, so hat sich doch bereits gezeigt, um wieviel tiefer und spekulativer jene Forderung des alten Zivilrechtes ist, welche jene begrifflich entgegengesetzten Momente, die in dem Erbtum des Sklaven vorliegen, deshalb auch in der Einsetzung formell gesetzt verlangt.

Schon das Erbtum überhaupt ist seinem Begriffe zufolge der spekulative Gegensatz — der in einem und demselben Satze auszudrücken und nur durch die verschiedene Betonung desselben deutlich zu machen ist —, daß die eigene Willenssubjektivität des Erblassers von einer anderen fortgesetzt wird, somit aber auch eben: daß sie von einer anderen fortgesetzt wird. Letzteres Moment tritt besonders stark, wie wir sahen, bei der Erbeinsetzung des Sklaven hervor, denn es bildet seinen ganzen Unterschied vom suus. Es ist aber auch viel stärker bei ihm vorhanden, als bei jedem gewöhnlichen extraneus heres, und bildet auch von diesem seinen Unterschied. Dieser nicht bloß quantitative, sondern auch begriffliche Unterschied ist folgender: der extraneus ist an und für sich, ist vor dem Erbtum eine andere Person gegen den Erblasser. Bei ihm wird durch die Erbeinsetzung gerade nur die Identität mit dem vorher anderen hergestellt, die Anderheit nur aufgehoben und überwunden.

Umgekehrt ist der Sklave als das bloße Eigene des Herrn bis zum Erbtum kein anderer gegen den Erblasser. Er wird gerade erst durch die Erbschaft zu einem solchen, und zwar so wesentlich, daß dies Moment (liber)

ausdrücklich in der Erbeinsetzung hervorgehoben werden muß, wenn sie gültig sein soll. Man kann also sagen: der Sklave ist der als ein anderer gesetzte Erbe[1]).

Hieraus begreift sich nun erst und wird erst wahrhaft verständlich ein sehr naiver und interessanter Gebrauch, den die Römer von der Erbeinsetzung der Sklaven machen. Schuldenzerrüttete Herren setzen einen ihrer Sklaven zum Erben ein, damit, wenn nun die Gläubiger die Güter verkaufen lassen, nicht die Güter des Gestorbenen, sondern eines anderen, Lebenden, verkauft zu werden scheinen und die damit verbundene Infamie daher nur diesen anderen, den Erben, nicht den Ruf des Erblassers beflecke.

Der Bericht des Gajus (II, 154) darüber ist zu naiv, um nicht hierhergesetzt zu werden: „Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu *liberum et heredem* instituere, ut si creditoribus satis non fiat, *potius hujus heredis* quam *ipsius testatoris* bona vendant, id est ut *ignominia* quae accidit ex venditione bonorum, *hunc potius heredem* quam *ipsum testatorem* contingat."

„Mehr dem Erben als dem Testator selbst" soll die Sache und ihre Schande zu widerfahren scheinen. Nun besteht aber der Begriff der römischen Infamie darin, daß es, wie Savigny richtig sagt[2]): „immer eine eigene Handlung ist, woran die Infamie als Folge geknüpft wird".

[1]) Wobei natürlich im Wort „Erbe" auch wieder die Identität liegt, so daß dieser Satz eigentlich heißt: er ist der als ein anderer gesetzte Identische.

[2]) System, II, 185. — Savigny unterläßt aber (vgl. Note mm das., wo er bloß die Ausnahme des Hochverrates aufführt, und S. 179 das.) zu erklären, wie sich damit die Infamie des erbenden Sklaven verträgt.

Daß den fremden Erben die Infamie der Insolvenz treffen würde, kann keine Schwierigkeit machen, denn er hat wirklich durch die eigene freiwillige Handlung der Adition die Insolvenz selbst über sich gebracht und zu der seinigen gemacht. Wie aber der Sklave, der als necessarius heres nicht repudiieren, ja, sich nicht einmal prätorisch enthalten konnte? der gar nicht handelte und zum Erbtum gepreßt war? Es erhebt sich daher, auf diesen Begriff der Infamie gestützt, der zu der Erbmaterie eine rationalistische Stellung einnimmt, der rationalistische Verstand und rüttelt an jener spekulativen Schande. Gajus fährt nämlich fort: „quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia *non suo vitio*, sed *necessitate juris* bonorum venditionem pateretur". Aber, fügt Gajus ganz einfach hinzu: „sed alio jure utimur", d. h. wir aber bleiben beim spekulativen Begriff stehen. Der Begriff des Erbtums ist der, daß die Identität der beiden subjektiven Willen gesetzt ist, aber nicht bloße Identität, sondern Identität als unterschiedener Willenspersonen. Die Willenssubjektivität des Gestorbenen ist fortexistierend als die eines anderen und Lebenden. Es ist daher im Begriff des Erbrechtes ganz spekulativ konsequent, daß dieser Lebende dem Toten die Schande ab- und auf sich genommen hat. Dies Verhältnis kann durch den Verstandeseinwurf, daß der erbende Sklave statt ein durch eigenen Willen Erbender und daher die Insolvenz auf sich Nehmender zu sein, durch die iniquitates juris gezwungen war, um so weniger geschwächt werden, als hier vielmehr dieser Charakter des Erben, ein anderer zu sein als der Erblasser, ausdrücklich betont ist. Wenn dies Anderssein im gewöhnlichen Erben zwar ebenso vorhanden ist als die Einheit — Identität heißt ja für sich allein schon Identität Ver-

schiedener beide Momente aber unter der formellen Begriffsbestimmung der Einheit gesetzt sind, so ist im Erbtum des Sklaven Identität wie Anderssein der Personen gleichfalls vorhanden, beide Momente aber in der vorwiegenden Form der Anderheit gesetzt. Der erbende Sklave, weil sein Begriff gerade der ist, eine Willenssubjektivität als eine ihm andere fortzusetzen, kann sich deshalb für den Römer auch nicht beschweren, wenn er auch die Schande der Insolvenz als eine ihm andere, d. h. durch keine Willenshandlung von ihm zur seinigen gemachte tragen muß. Und es ist ebenso echt spekulativ konsequent, daß der insolvente Erblasser, der selbst von der Schande getroffen werden würde, wenn er erblos bleibt und seine Güter von den Gläubigern verkauft würden, der Schande ledig ist, auch ohne daß ein Willenssubjekt sie ihm abnimmt; denn er hat sie jemandem aufgedrückt, der die Bestimmung hat, ihn als ein ihm anderer fortzusetzen, und daher die Schande nicht als diejenige des Erblassers, sondern als ein ihm anderer trägt. Deshalb nimmt selbst die prätorische Billigkeit dem Sklaven diese Infamie nicht ab. Aber — und hier erst gelangt der erörterte Begriffsunterschied des Sklaven und des extraneus zu vollster sinnlicher Deutlichkeit — ein anderes muß ihm statt dessen gewährt werden. Wenn der Erblasser sich durch den Sklaven als einen ihm anderen fortsetzen läßt, wenn der Sklave die Schande der Insolvenz ohne Willensantretung, d. h. nicht als die seinige, sondern als eine ihm andere trägt und sie gleichwohl nicht als die eigene Schande des Erblassers trägt, sondern als ein anderer gegen diesen, so muß der erbende Sklave diesen seinen spezifischen Begriff, als Erbe dennoch als ein anderer gegen den Erblasser zu gelten, auch seinerseits gegen

den Erblasser betätigen können. Er muß daher das Recht haben, was kein sonstiger Erbe hat und haben kann, sich in seinem eigenen Vermögen, das er nach dem Tode des Erblassers, sei es nach, sei es vor der bonorum venditio, erwarb, als ein anderer gegen den Erblasser zu behaupten und nicht für dessen Schulden verhaftet zu sein. Die Gläubiger des insolventen Erblassers haben also nur gegen den Erbnachlaß selbst, nicht — wie bei dem extraneus, der diese Schulden durch die Antretung zu den seinigen gemacht hat, oder wie bei dem suus, welcher der mit dem Erblasser Identische ist — gegen das persönliche Vermögen des erbenden Sklaven ihren Angriff[1]). Gajus, II, 155: „pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea quae post

[1]) Selbstredend kann die Erbeinsetzung des Sklaven unter Umständen eine betrügerische Benachteiligung der Gläubiger darstellen. Aber aus den früheren Entwickelungen (S. 243 bis 251) muß von selbst hervorgehen, wie wenig das bloße Privatrecht derselben gegen diese mit dem öffentlichen substantiellen Volksgeist identische Befugnis in Betracht kommen kann. Die Freiheit der Legate, da diese bloß einzelne Wirkungen des Willens darstellen, muß also durch das Recht der Gläubiger beschränkt werden können. Die Freiheit aber, der Willenssubjektivität überhaupt nach dem Tode Fortexistenz zu geben, muß als mit dem spezifischen und substantiellen Inhalt des römischen Geistes zusammenfallend keine solche rein privatrechtliche Beschränkung dulden, und sich daher hier wieder zeigen, wie das Recht des Toten das des Lebenden besiegt. Es heißt daher ganz offen und naiv in dem Reskript des Kaisers Antoninus, L. 2 de necess. serv. her. (6, 27): „Is qui solvendo non est, heredem necessarium *etiam in fraudem creditorum relinquere* potest." Lebend dagegen hat der Herr nicht das Recht, den Sklaven in fraudem creditorum zu manumittieren; denn hier wehrt es ihm die lex Aelia Sentia; s. Gajus, Comm., I, § 36 fg.

mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur".

Es ist dies durchaus nicht oberflächlich als menschliche Billigkeit zu fassen, wie sich soeben bei der Infamie zum Nachteil des Sklaven gezeigt hat, und sich bald ebenso stark zu seinem Vorteil zeigen wird. Auch genießt ja der erbende Sklave nicht einmal die prätorische Billigkeit der Abstinenz[1]), sondern es ist schlechterdings nur die notwendige heraustretende Folge seines entwickelten theoretischen Begriffes, Erbe des Erblassers als ein ihm anderer zu sein. Wenn dieser in ihm geeinte spekulative Begriff nicht erfaßt wird, wie er denn bisher niemals erfaßt wurde[2]), so bleibt dieser Satz, daß der Sklave mit dem Eigenen nicht für die Schulden des von ihm Beerbten einsteht — ein Satz, durch welchen die ganze Substanz des Erbrechtes, die Identität der beiden Willenssubjektivitäten, zerstört scheinen müßte —, schlechthin unbegreiflich; aber ebenso unbegreiflich bleibt dann auch die Infamie, die Notwendigkeit der hinzugefügten Libertät

[1]) Ulpian, XXII, § 24: „Necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur."

[2]) Gans (II, 178) fertigt daher, weil ihm dieser begrifflich-kategorische Unterschied in der Erbeinsetzung des Sklaven gänzlich entgeht, das testamentarische Erbrecht des Sklaven in neun Zeilen ab, alle oben seit S. 363 entwickelten konkreteren Sätze desselben, von der Hinzufügung der Libertät usw., der Infamie, der Nichtverhaftung für die Schulden mit dem Eigenen usw., gänzlich mit Stillschweigen übergehend und bloß sagend: „Ihr Eingesetztsein setzt notwendig die Freiheit voraus und gilt daher stillschweigend für Emanzipation," wobei er also offenbar nur an die Verordnung Justinians denkt und die entgegenstehenden Bestimmungen des alten Zivilrechtes, weil diese nur aus jenem Begriffsunterschiede klar werden, völlig zu ignorieren gezwungen ist.

in der Erbeinsetzung, ja jeder detaillierte Satz des Sklavenerbrechtes.

Natürlich aber hat der erbende Sklave dies Recht auf Reservierung des Eigenen nur dann, wenn er selbst dies setzt, daß er sich obwohl Erbe, als einen anderen gegen den Erblasser festhält und festgehalten wissen will. Er muß deshalb zur Verwirklichung dieses Rechtes, ehe er die Güter des Toten berührt hat, das Separationsdekret vom Prätor begehren. Ulpian[1]: „Ita sciendum est, necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, *si non attigerit bona patroni,* in ea causa sit, ut ei quidquid postea acquisierit, separetur, *sed et si quid ei a testatore debetur.*"

Statt also sich einfach zu abstinieren, muß er sich gerade als Erbe betätigen, aber gerade in dieser Betätigung durch die Separation setzen, daß er ein anderer gegen den Erblasser ist.

Wie die letzten hervorgehobenen Worte Ulpians zeigen, bleiben dem Sklaven dann sogar die Forderungen, die ihm gegen den Erblasser etwa zustehen sollten, d. h. er ist, obwohl Erbe, dennoch so sehr ein anderer gegen den Erblasser, daß er, Erbe bleibend, sich gleichwohl als Dritter, als Gläubiger gegen denselben behaupten kann.

Indem jetzt aber dem Sklaven nur die Güter des Herrn, und nicht, wie bei dem gewöhnlichen Erben, der die Insolvenz des Erblassers zu der seinigen gemacht hat, auch die seinigen verkauft werden, ist es jetzt ja nicht bloß wahr, sondern nunmehr auch gesetzt, daß er die Schande nicht als die seinige, sondern als die eines anderen trägt. Und jetzt erst ist daher der eigent-

[1]) L. 1, § 18, de separat. (42, 6).

liche Sinn unserer obigen Begriffsbestimmung ganz evident, in welcher beides zu betonen ist: *er* trägt sie, der Sklave, nicht der Herr, und er trägt sie als die eines ihm *anderen*.

Zugleich hat sich nun bereits, und zwar *ohne jede* apriorische trichotomische Voreingenommenheit, durch unsere Erörterung von selbst ergeben, daß die von den römischen Autoren uns überlieferten drei Arten von Erben, der suus (suus et necessarius), der necessarius und der extraneus, eine strenge, nach dem spekulativen Gesetz des logischen Begriffes sich selbst vollbringende Dreiteilung bilden. Das Erbtum ist die Einheit der Willenssubjektivität des Erblassers und des Erben. Der Erbbegriff enthält drei Momente: den Erblasser, den Erben als ein ihm anderer subjektiver Wille, und die *Einheit* beider. Jeder Erbe ist, als Erbe, bereits diese Einheit. Aber das treibende Prinzip der systematischen Entwickelung ist dies, daß diese *Totalität* durch die Operation der ihr immanenten Begriffsmomente *gesetzt* wird in der *einseitigen Form* des einen, dann des *unmittelbar entgegengesetzten Momentes*, und drittens in der *Form der Einheit*.

Der suus ist der Erbe als der *bloß identische* des Erblassers; hierzu bildet, wie wir sahen, den unmittelbaren und abstrakten Gegensatz der necessarius oder Sklave, als der *als anderer* gegen den Erblasser *gesetzte* Erbe. Der Sklave, ursprünglich in Willensidentität mit dem Herrn, wird gerade erst *durch die Erb*einsetzung als ein ihm *anderer* gesetzt. Dies schlägt wieder in den direkten Gegensatz um, daß ein *ursprünglich anderer* durch das Erbtum vielmehr in *Identität* mit dem Erblasser gesetzt wird. *Dieser* Gegensatz ist aber nicht mehr *bloßer* Gegensatz des letzten, er ist vielmehr bereits die *Einheit* der beiden vorigen Gegensätze: der

Erbe, von dem es durch den Akt der Identifizierung selbst ebenso gesetzt ist, daß er ein dem Erblasser anderer, als auch jetzt identisch mit ihm ist, oder der als die Totalität beider Momente, als die Einheit seiner und des Erblassers gesetzte Einheit, der extraneus heres.

XXIX. Der bedingte suus oder der Übergang des suus in den extraneus heres.

Es ist endlich noch von Interesse, zu sehen, wie auch der suus seinerseits von selbst in den extraneus übergeht. Der Erblasser, da er den suus sogar exheredieren kann, kann ihm um so mehr auch Bedingungen stellen. Dies ändert natürlich sein Wesen nicht. Er ist nun ein bedingter suus. Macht daher der Erblasser den suus in der Bedingung irgendwie von objektiven Tatsachen abhängig, so muß er ihn für den Fall des Nichteintretens derselben formell exheredieren, wenn das Testameent gültig sein soll. Macht er ihn aber von einer lediglich in seiner, des suus, Willen gelegenen Bedingung abhängig, so — hat der suus aufgehört, ein suus zu sein und erbt, auch wenn er die Bedingung erfüllt, nicht mehr als suus, sondern ist durch die Dialektik des Begriffes in einen extraneus umgeschlagen.

Es muß dies aber bereits aus dem soeben Entwickelten klar sein und dient seinerseits wieder dazu, die Wahrheit dieser Begriffsentwickelung auf das schärfste zu konstatieren. Wir sagten soeben, der suus ist der als der

bloß identische gesetzte Erbe. Dies ist nun so wahr, daß, wenn durch die Erbeinsetzung im geringsten daran erinnert wird, daß der suus doch auch — was er natürlich als Persönlichkeit in der Wirklichkeit immer bleibt — eine andere Willenssubjektivität als der Erblasser sein könnte, hierdurch die Suität sofort aufgehoben und in ihr Gegenteil, in einen extraneus heres, umgewandelt ist. Der suus, dessen Wesen durch die stillschweigende Enterbung, die Präterierung, nicht gebrochen werden kann, wird gerade durch die Erbeinsetzung selbst als *suus* negiert, und in seinem Wesen zerstört, wenn sie jene Erinnerung enthält. Begrifflich muß das natürlich so sein. Denn jene unbedingte und unmittelbare Identität des suus mit dem Erblasser ist eben nur die Rechtsfiktion, welche die Naturwahrheit, daß er eine andere selbstwollende Willensperson ist, zurückdrängen kann und so lange ein für allemal zurückgedrängt hat, bis sie durch ausdrückliche Enterbung aufgehoben wird. Aber wenn nun in das Testament selbst der Reflex auf jene der Rechtsfiktion entgegenstehende Wirklichkeit gesetzt wird, so ist durch dies positive Setzen ebensogut wie durch die negative Enterbung die Rechtsfiktion der Identität zerstört und der suus als das zum Vorschein gekommen, was er in Wirklichkeit ist, als eine andere Willensperson als der Erblasser, somit als ein Nicht-suus, ein extraneus.

Wenn also die begriffliche Notwendigkeit dieses Satzes, daß durch die geringste Erinnerung an eine mögliche Willensverschiedenheit die Suität des eingesetzten suus vernichtet wird, einleuchten muß, so läßt sich nicht weniger die empirische Wirklichkeit dieses Satzes sofort aus den Rechtsquellen nachweisen. Es zeigt sich dies nämlich in der Lehre von den Bedingungen. Beim extraneus ist die

an die Willensbedingung: si volet gebundene Erbeinsetzung eine unbedingte. Die Bedingung ist völlig wirkungslos und non scripta. Sie muß dies sein, weil es ohnehin schon im Wesen des extraneus lag, seinen Willen frei zu haben und ihn erst durch die Adition mit dem Erblasser zu identifizieren. Beim suus aber, da dieser invitus heres ist, fügt dieser Zusatz „si volet" allerdings etwas Neues hinzu; er gibt den Willen des suus frei und gilt daher hier als wahre conditio, so daß der suus hierdurch zunächst als ein *sub conditione* eingesetzter *suus* erscheint. Hermogenian[1]): Verba haec: „*Publius Moevis, si volet, heres esto, in necessario conditionem* faciunt, ut si nolit heres non existat: nam in *voluntaria* heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres."

Allein wenn der suus unter dieser Bedingung — oder was auf dasselbe hinauskommt, unter der reinen Potestativbedingung — eingesetzt ist, so ist er, da ja der Erblasser ihn hierdurch als einen Wollenden und möglicherweise auch Anderswollenden, somit in jedem Falle als eine gegen ihn andere selbständige Willenssubjektivität gesetzt hat, als *suus* aufgehoben, und die erste Folge hiervon zeigt sich zunächst darin, daß er für den Fall seines Nichtwollens nicht, was er als suus müßte, formell exherediert zu werden braucht. Mäcianus[2]): „Jam dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent; si heredes non essent, alium quem visum erit, iis substituere; negatumque, hoc casu necesse esse, *sub contraria conditione filium exheredare,*

[1]) L. 12 de conduit. inst. (28, 7).
[2]) L. 86 de hered. inst. (28, 5).

primum, quia *tunc tantum id exigeretur,* quum *in potestate ejus non esset,* an heres patri existeret, expectantis extrinsecus positae conditionis eventum, deinde quod, etsi quacunque posita conditione deberet filius sub contraria conditione exheredari, in proposito ne possibilis quidem reperiri posset; certe si verbis exprimeretur, inepta fieret, huic enim conditioni: *si volet, heres esto,* quae alia verba contraria concipi possunt, quam haec: *si nolet, heres esse, exheres esto,* quod quam sit ridiculum, nulli non patet."

Aber nicht die bloße Lächerlichkeit der Tautologie ist der wahre Grund für die Überflüssigkeit der Exheredation, sondern vielmehr jene Dialektik des begrifflichen Verhältnisses, durch welche der suus, indem ihn der Erblasser als einen anderen Willen gelten läßt, von ihm als voluntarius i. e. *extraneus* heres gesetzt worden ist. Und dies zeigt sich nicht nur darin, daß doch nach Mäcian selbst auch bei der Potestativbedingung, bei welcher die Tautologie der Worte nicht stattfinden würde, die Exheredation überflüssig sein soll, sondern es tritt dies auch auf das direkteste in den unmittelbar folgenden Worten Mäcians hervor: „Non ab re autem hoc loco velut excessus hic subjungetur, *suis ita heredibus institutis si voluerint heredes esse,* non permittendum *amplius abstinere se hereditate,* quum ea conditione instituti *jam non ut necessarii,* sed *sua sponte heredes extiterunt;* sed et *ceteris* conditionibus, *quae in ipsorum sunt potestate* si sui pareant, *jus abstinendi assequi non debent.*" Die zweite reale Folge ist also die, daß sie durch die Erfüllung der Willensbedingung das prätorische Recht der Abstinenz verlieren, das den suis zusteht. Sie haben aber dadurch in jedem Falle aufgehört, sui zu sein. Denn erfüllen sie nicht, so sind sie keine Erben und somit keine sui; erfüllen sie aber, so verlieren sie das Abstinenzrecht und hören somit gleichfalls

auf, sui zu sein. Und die begriffliche Einheit dieser Verstandesantithese ist eben die sich Mäcian deutlich genug aufdrängende, daß sie durch die Freilassung ihres Willens als andere gegen den Erblasser gesetzt, überhaupt zu „sua sponte heredes" i. e. extranei geworden sind.

Die dritte sehr reale und praktisch wichtige Folge muß daher die sein, daß, wenn ein so bedingter suus und ein extraneus, jeder zur Hälfte, zu Erben eingesetzt sind, und der suus die Willensbedingung nicht erfüllt, das Testament nicht beseitigt und Intestaterbfolge herbeigeführt wird, sondern ganz als wäre es einer von zwei extranei, der ausschlägt, das Testament bestehen und der andere extraneus der Erbe bleibt. So sagen Ulpian und Julian übereinstimmend vom filius[1]: „et quidem sub ea conditione quae est in potestate ipsius potest (institui) de hoc enim inter omnes constat. Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit conditioni, an et si *non* paruerit et decessit? Julianus putat, filium sub ejusmodi conditione institutum, etiamsi conditioni non paruerit, summotum esse; et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum expectare donec conditioni pareat filius, quum etsi patrem *intestatum* faceret non parendo conditioni, procul dubio exspectare deberet; *quae sententia probabilis* mihi videtur, ut sub *ea* conditione institutus quae in *arbitrio* ejus sit, *patrem intestatum non faciat.*"

Dies ist doch aber ohne Erfüllung der testamentarischen Bedingung und ohne Exheredation nur dann möglich, wenn der suus völlig aufgehört hat, ein suus zu sein, und er hat dies also aufgehört ohne Negation (Enterbung) bloß dadurch, daß er positiv als ein Selbstwollen-

[1]) L. 4 de hered. inst. (28, 5).

der, als ein anderes Willenssubjekt als der Erblasser gesetzt worden ist[1]).

Was den extraneus heres betrifft, so hat sich der Begriff desselben gleichfalls überall schon in dem Bisherigen im Gegensatz zum suus und zum necessarius ergeben. Er ist eine ursprünglich andere Willenssubjektivität, die sich durch die Adition als identisch mit derjenigen des Erblassers setzt. Er muß diese Einheit, die bei dem suus von selbst, bei dem necessarius durch das alleinige Setzen des Erblassers schon vorhanden ist, durch den Akt freier Willensidentifizierung erst vollbringen (vgl. oben sub Nr. VIII). Er ist so, wie wir sahen (vgl. S. 375), die Einheit des suus und necessarius oder der Erbe überhaupt.

XXX. Die Erbfähigkeit und ihre Bedingungen. — Der Zeitpunkt der Fähigkeit. Die lex Papia und die apertura tabularum.

Gehen wir jetzt zu der Frage nach der Erbfähigkeit überhaupt über, so muß die Unfähigkeit zu erben wiederum sich als ein strenger Ausfluß des Erbbegriffes selbst erweisen. Wenn Gans (II, 175) sagt: „Die Gründe, warum bestimmte Personen nicht zu Erben ernannt werden dürfen, fallen nun wiederum nicht in eine Abhandlung des Systems der Willkür, sie werden hier vielmehr vorausgesetzt und sind daher an dieser Stelle nur aufzuzählen", so ist dieser Verzicht auf das be-

[1]) Vgl. L. 3 de institut. (6, 25), in welchem Reskript des Kaisers Alexander es deshalb sogar vom suus heißt: „et ideo *adire* hereditatem non prohiberis."

greifende Erfassen der Erbunfähigkeiten nur eine notwendige Folge des nicht erfaßten Erbbegriffes überhaupt. Freilich, wenn es sich so verhielte, wie Gans daselbst gleichfalls sagt, daß die Ernennung des Erben nur ein „Setzen eines Individuums für das Vermögen" sei, so würde, da das Vermögen allerdings „ein totes und widerstandsloses Objekt" ist[1]), aus dem Begriffe des Testamentes selbst niemals zu erfassen sein, wie so hier der Wille auf Hindernisse in den einzusetzenden Personen stoßen kann. Man würde dann also mit Gans „die konkreten Gestalten des Willens, die bürgerliche Gesellschaft und den Staat" als solche Hindernisse in das Testament hineinbringen müssen, obgleich dennoch niemals wahrhaft zu begreifen wäre, warum, wenn einmal, wie in Rom, die Familie der Testierfreiheit kein Hindernis in den Weg legt, Staat und Gesellschaft hindern sollten, solchen Personen im Tode das Vermögen zu verabreichen, an die man sich desselben während des Lebens entäußern kann[2]).

---

[1]) Gans, a. a. O.: „Wenn die Seite der Reflexion auf das Vermögen die auf ein totes und widerstandsloses Objekt ist, so hat es hier dagegen (in der Erbeinsetzung) der Wille mit dem lebendigen Willen zu tun und mit den konkreten Gestalten desselben, der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staate. Das Setzen des Erben wird daher (?? woher?) nicht durch den leeren Willen bestimmt oder wenigstens nur innerhalb des Kreises, der dem leeren Willen vorher gegönnt ist (? dies ist aber ja eben nicht der Fall; wer commercium hat, kann deshalb noch nicht zum Erben eingesetzt werden); mit anderen Worten: die Forderungen der substantiellen Sphäre schließen bestimmte Personen aus, welche die Willkür nicht zu Erben designieren kann (warum?)."

[2]) Wohl aber begreift sich, daß, nachdem das Testament einmal ist, was es ist, d. h. da es, statt ein bloßes Privatrecht der Person zu bilden, für den Römer das innerste Herzensge-

Da aber in dem Erbbegriff etwas ganz anderes das agens ist, als das „Setzen für das Vermögen", so werden auch die Erbunfähigkeiten lediglich die Ausflüsse dieses agens, die konsequenten Folgen des spekulativen Erbbegriffes selbst sein. Dies ist in bezug auf die Erbunfähigkeiten des alten jus civile auf das strengste der Fall, und selbst die leges einer späteren Zeit, wie die lex Julia, lex Papia, stellen sich in ihren betreffenden Bestimmungen nur als analogische Erweiterungen und Fortführungen jenes Grundgedankens dar.

Philosophischer daher als die eben zurückgewiesene Auffassung ist bereits die Definition Ulpians von der Erbfähigkeit insofern, als in sie bereits hineinscheint, wie die Erbfähigkeit nur der Ausfluß des Erbbegriffes und seines immanenten Inhaltes selbst ist[1]: „Heredes institui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent." Zwar meint Ulpian den Satz ohne Zweifel nur in dem äußerlichen Sinne, daß der einzusetzende Erbe die Fähigkeit haben muß, den formellen Akt des Manzipationstestamentes mit dem Testator vorzunehmen. Aber indem diese Fähigkeit dieselbe testamentifactio ist, welche auch der Testator braucht, um testieren zu können, scheint in diesen Satz bereits der wahre und tiefere Begriff hinein, daß die notwendige Eigenschaft für die Erbfähigkeit darin

---

heimnis seines historischen Wesens, den eigensten Inhalt des spezifischen römischen Volksgeistes in sich enthält, nach allem, was wir oben (Nr. X u. XV) hierüber entwickelt haben, jede Teilnahme einer nicht des römischen Willens fähigen Person an diesem den spezifischen Kultus des römischen Geistes darstellenden Akte ausgeschlossen bleiben muß, daß also z. B. der peregrinus auch kein Legat erhalten kann, was ebenso in bezug auf den Latinus Junianus durch die lex Junia prohibiert wird.

[1]) Ulpian, Fr. XXII, § 1.

besteht: dasselbe zu sein wie der Testator. In der Tat, da das Erbtum nichts anderes als die Identifizierung der beiden subjektiven Willen und die hierdurch hervorgebrachte Perpetuierung des erblasserischen Willens ist, so muß der Erbe, um ihn zu perpetuieren, eine ebensolche Willenssubjektivität sein wie der Testator. Er muß daher genau dieselbe Willensfähigkeit haben, welche wir bei diesem als erforderlich aufgezeigt, und als aus dem Begriff der Sache fließend entwickelt haben. Zwischen Ungleichen würde nicht Identität und somit nicht Erbtum bewerkstelligt werden können. Wir haben daher bereits oben (S. 202) vorgreifend den Begriff und die von ihm hervorgetriebenen notwendigen Bedingungen auch für die Erbfähigkeit, zugleich mit der Testierfähigkeit nachgewiesen, worauf wir uns hier zurückbeziehen, nur wenige Punkte noch besonders hervorhebend.

So wird jetzt erst wahrhaft ersichtlich sein, warum nach römischer Lehre die Fähigkeit des Honorierten nicht erst zur Zeit des Todes, sondern bereits zur Zeit des Testamentes vorhanden sein muß. Savigny hat diese „auffallende Erscheinung", wie er sie mit Recht nennt, dadurch erklärt, daß durch die Manzipation, als der Grundform des römischen Testamentes, das Ganze die Gestalt eines fingierten Erbvertrages, also eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden annahm (s. oben Bd. I, S. 705fg.). Jetzt wird nun aber auch der innere Grund, der in dieser noch bloß formellen Begründung tätig ist, erhellen. Das Testament ist der Akt der Identifizierung zweier unabhängiger Willenssubjektivitäten[1]). Die zu dieser Wil-

[1]) Das Manzipationstestament ist daher nur (s. Nr. VIII) seine angemessenste Form; mit anderen Worten: das Testament ist nicht ein fingiertes Rechtsgeschäft unter Leben-

lenshandlung erforderliche W i l l e n s f ä h i g k e i t muß daher nicht bloß zur Zeit, wo die W i r k u n g dieser Identifikation eintreten soll — also zur Zeit des Todes —, sondern notwendig schon zur Zeit ihrer V o r n a h m e vorhanden sein, wenn sie überhaupt später wirken können soll.

Hat das zivilistische Testament noch seine streng angemessene, begrifflich-reinste Form — d. h. in der Zeit, wo der familiae emptor n o c h s e l b s t d e r E r b e i s t (Nr. VIII), so tritt diese innere Notwendigkeit auch schon in der Form als etwas ganz Selbstredendes hervor. Denn dies Testament kann gar nicht zustande kommen, wenn nicht der Erbe sich zu diesem Willenserhalter erklärt und also die für diesen Akt erforderliche Handlungsfähigkeit besitzt[1]). Weil aber dieses Erfordernis eben nicht in einer bloßen Form als solcher, sondern zugleich mit dieser selbst in der I d e e des Testamentes wurzelt, ü b e r l e b t es dieselbe, und kann und muß sich selbst dann erhalten, als bereits der Erbe eine andere Person als der mitagierende familiae emptor ist, und also die Notwendigkeit seiner Willens- und Handlungsfähigkeit zur Zeit des Aktes n i c h t mehr in dem formellen Gerüste desselben in die Augen springt. Es kann und muß diese

---

den, und zwar aus dem bloß formellen Grunde, weil ihm die F o r m eines Manzipationsaktes in unerklärter Sonderbarkeit verliehen wurde, sondern umgekehrt: das Testament ist seiner i n n e r s t e n S u b s t a n z nach ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, u n d d e s h a l b e r h ä l t es die Form der Manzipation (vgl. oben S. 163).

[1]) Der Erbe (familiae emptor) ist vom Momente der Testamentshandlung an bereits Erbe, und gilt als solcher, wenn dies auch erst zur Todeszeit Wirkung erlangt; siehe Theophilus. a. a. O.

und die Manzipationsform überhaupt deshalb überleben, weil das zivilistische Testament mit derselben nur das strenge Gesetztsein seines Begriffes innerhalb der äußeren Form, aber noch nicht seinen begrifflichen Inhalt selbst verliert, die Willensidentifikation zweier hierzu fähiger Willen darzustellen[1]).

In diesem Zusammenhange ist auch beiläufig die Konsequenz begreiflich, welche die lex Papia genau aus demselben Punkt, wenn auch gerade nach entgegengesetzter Richtung hin, zieht.

Das zivilistische Testament, das Testament in seiner ursprünglichen absoluten Angemessenheit, kann, sagten wir, gar nicht zustande kommen, wenn nicht der Erbe sich zum Willenserhalter erklärt, was er eben durch jene feierliche

---

[1]) Es zeigt sich also hier der Irrtum Savignys, welcher meint (VIII, 461), „daß es konsequent gewesen wäre, diese Lehre (von den drei Zeiten) im justinianeischen Recht gänzlich aufzugeben, indem ja in diesem Recht der Gedanke der Manzipation als Grundlage der Testamente völlig verschwunden war."

War der Gedanke der Manzipation völlig verschwunden, so war dagegen der Gedanke des Erbtums, aus welchem die Manzipation wie jene Lehre hervorgegangen war, noch nicht völlig verschwunden, vielmehr, wie sehr auch immer verblaßt und durch das Vermögen zurückgedrängt, noch immer mit seiner ursprünglichen zivilistischen Wurzel innerlich zusammenhängend, wie wir dies gedoppelte Verhältnis Justinians zum zivilistischen Erbrecht bei den konkreten Instituten desselben genau darzutun gesucht haben. Solange aber noch irgendein solcher begrifflicher Zusammenhang da war, war die Aufhebung der Lehre von den tria tempora nicht möglich. Erst in dem Testarömischen Volkssubstanz und durch den Einfluß der germanimentsrecht, wie es sich durch die gänzliche Losreißung von der schen Ideen gestaltet, wäre sie wurzellos und inkonsequent.

Formel im Testamentsakt vollbringt (Nr. VIII). Nachdem nun aber der Gebrauch aufgekommen ist, einen anderen als den familiae emptor in den tabulis zum Erben zu machen, und der Erbe also bei der Testamentsanfertigung gar nicht mehr zu konkurrieren braucht, fehlt jetzt im Testamentsakt dies Moment, daß der Erbe auch seinerseits dabei präsent ist. Das Testament ist also jetzt noch gar nicht für den Erben vorhanden und erscheint deshalb, wenn auch fertig, doch noch unvollständig. Dieser Gedanke ist es, den die lex Papia aufgreift, welche das Testament erst in dem Augenblicke, in welchem es in solenneller Weise für den Erben geworden ist, d. h. durch die apertura tabularum, vollständig werden läßt. Denn dies ist es, was offenbar durch dies Gesetz vollbracht wird, indem nach ihm nicht nur der Erbe, auch wenn er auf anderem Wege her weiß, daß er der Erbe ist, erst nach der Eröffnung der Tafeln die Adition gültig vornehmen kann, sondern sogar auch der Zeitpunkt des *dies credit* für die Legate, d. h. also die Wirksamkeit der einzelnen Willensbestimmungen erst von dieser Eröffnung ab, statt mit dem Tode des Testators, eintritt. Justinian berichtet hierüber[1]), indem er diese Bestimmungen aufhebt: „Quum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia *ab aditionibus*, quae circa defunctorum hereditates procedebant, sumsit, et *ideo non a morte testatoris*, sed *ab apertura tabularum dies cedere legatorum* senatusconsulta quae circa legem Papiam introducta sunt concesserunt, ut *quod in medio deficiat, hoc caducum fiat*, primum hoc corrigentes et antiquum statum renovantes sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem, similique

---

[1]) L. un. § 1 C. de cad. toll. (6, 51).

modo legatorum vel fideicommissorum pure vel in diem certam relictorum diem a morte testatoris cedere[1]).

Wenn Justinian sagt, daß er hierbei nur das alte Recht wiederherstelle, so ist das im buchstäblichen Sinne zwar richtig, aber auch nur in diesem[2]). Im alten Recht,

[1]) Wenn aber die apertura tabularum, die, wie gezeigt, nur die letzte Vervollständigung des Testamentsaktes darstellt, erforderlich war für die Adition des Erben, so war sie es keineswegs für die Agnition der bonorum possessio secundum tabulas. Ulpian, L. 1, § 2, de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Der Grund liegt wieder darin, daß diese als eine bloße Vermögensverfügung, die keine Identifizierung zweier Willen hervorbringen soll, auch diese im Testament per aes et libram vorhandene Gegenüberstellung und Präsenz der beiden Willen nicht nachzuholen braucht, um in sich vollständig zu sein. — Der, um uns dieses Ausdruckes nochmals zu bedienen, spiritualistische Charakter des Erbrechtes tritt überhaupt am deutlichsten und unterscheidendsten überall hervor, wenn man ihn mit der bonorum possessio vergleicht; nicht so im Vergleich mit dem Legatenrecht. Denn jene ist bloße Vermögensverfügung, während das Legat, unbeschadet seines früher nachgewiesenen Gegensatzes zum Erbtum, mit diesem das gemeinsam hat, daß es eine einzelne Wirkung des über den Tod hinaus im Erben fortexistierenden Willens darstellt, also mit dem Erbtum auch in einer inneren Einheit steht, welche die Bestimmungen des Legatenrechtes in vieler Hinsicht, z.B. in bezug auf die Fähigkeit des Honorierten, den Anforderungen des Erbbegriffes, als seines grundsätzlichen Bodens, unterwerfen muß.

[2]) Vgl. oben über diesen organischen Trieb des römischen Rechtes, in seinem unter Justinian abschließenden totalen Selbstverlust dem Äußerlichen nach sich auf seine früheste Gestalt zurückzuwenden, aber mit ganz geändertem Begriffsinhalt — gerade wie eine Leiche manchmal die Gesichtszüge des Toten in früheren Perioden in größerer Ähnlichkeit, als es während der Zeit seines späteren, kämpfenden und krankenden Lebens der Fall gewesen, hervortreten läßt, aber immer ohne das Leben, welches dort die Ursache jener Alteration gewesen war.

solange der im Testamentsakt fungierende familiae emptor selbst der Erbe war, war es freilich nicht einmal möglich, erst mit der Eröffnung der Tafeln das Testament vollständig werden und in Wirksamkeit treten zu lassen. Nachdem es aber allgemein geworden, einen anderen als den familiae emptor in den tabulis zum Erben zu machen, füllt die lex Papia [1]), wie wir sahen, nur den hierdurch entstandenen Mangel aus, indem sie erst mit der Eröffnung des Testamentes dasselbe formelle Wirksamkeit erlangen läßt [2]). Indem Justinian dies wieder aufhebt, ohne daß aber zu dem ursprünglichen Gebrauch des alten Rechtes zurückgekehrt wird, den familiae emptor Erbe sein zu lassen, hat er sich von dem Gedanken des alten Rechtes vielmehr nur weiter entfernt, statt sich ihm wieder

[1]) Denn daß jedenfalls schon zu ihrer Zeit dieser Gebrauch allgemein war, steht historisch fest. Augustus testiert per aes et libram. Sein familiae emptor ist Domitius, der Vorfahr Neros, seine Erben aber Tiberius und Livia; s. Sueton, Vita Aug. c. 101, Vita Neron. c. 4. Wie lange vor der lex Papia die Spaltung zwischen Erben und familiae emptor schon allgemein gebräuchlich geworden war, dürfte sich schwerlich genau feststellen lassen.

[2]) Aber die Adition des Erben, wenn sie auch erst nach der apertura geschehen kann, muß, da das Erbtum die perpetuierende Fortsetzung der Willenssubjektivität selbst ist, unmittelbar an den Moment des Todes anknüpfen und auf ihn zurückschlagend (s. oben Nr. V) von da ab das Sein dieser Willenssubjektivität fortsetzen. Nur für die Legate ist es möglich, daß sie, weil sie nicht das allgemeine Sein der Willenssubjektivität, sondern einzelne Willensäußerungen derselben darstellen, erst von dem Moment ab wirksam werden, wo diese Äußerungen des im Erben fortexistierenden Willens dadurch, daß sie für den Erben werden, erst eine dem Erbbegriff entsprechende Wirklichkeit und somit verbindliche Wirkung und Kraft erlangen.

zu nähern. Aber freilich ist dies so sehr der Fall, daß bei ihm das Manzipationstestament sogar gänzlich verschwunden und in das prätorische Testament übergegangen ist. Und damit hat sich allerdings das Erbtum der bloßen Vermögenszuwendung so entscheidend angenähert (s. oben S. 131, Note 1, u. a. a. O.), daß jetzt kein Grund mehr ist, dasselbe nicht ebensogut, wie es bei der bonorum possessio seit je der Fall gewesen war (Note 1, S. 388), auch vor der apertura tabularum antreten zu lassen. Daß die lex Papia, die man mit Unrecht gewöhnlich als ein bloßes fiskalisches Willkürgesetz auffaßt, eine wirkliche, im Testamentsrecht — wir haben gesehen, woher — entstandene Lücke ausfüllt und so eine objektive Grundlage hat, zeigt sich schon äußerlich daran, daß sie bestehen blieb solange und länger, als das Manzipationstestament in Gebrauch war.

XXXI. Die Erbfähigkeit und ihre Bedingungen; die incerta persona. Die geistige Individualität.

Um inzwischen wieder zu der uns jetzt beschäftigenden Erbfähigkeit zurückzukehren, so haben wir oben gesehen, warum der Erblasser, um testieren zu können, certus de statu suo sein muß (s. S. 225fg.). Es beruht nur auf den daselbst entwickelten begrifflichen Gründen und ist die entsprechende Erscheinung auf Seite des Erben, daß auch derjenige, der zum Erben eingesetzt werden soll, eine bestimmte und geschlossene Geistesindividualität für den Erblasser sein muß. Hierin liegt bereits ein Gedoppeltes: der Erbe muß an sich selbst ein für-

sichseiender Wille sein; sonst ist er überhaupt keine Willenssubjektivität und kann sich daher auch mit keiner gleichsetzen und sie perpetuieren. Es reicht aber noch nicht hin, daß er an sich eine solche geistige Individualität ist, er muß dies auch für den Erblasser sein. Denn wenn er es auch an sich wäre, aber nicht für den Erblasser ist, so kann dieser sich nicht mit ihm identifizieren, da der subjektive Wille, wenn er sich mit einem ihm unbekannten und somit für ihn unbestimmten identifizieren wollte, seine eigene Bestimmtheit, die gerade das zu perpetuierende Wesen ist, hierdurch aufheben, sich nicht erhalten und fortpflanzen, sondern sich dem Zufall preisgeben und sich somit prinzipiell aufgeben würde. Der Erbe darf also in keinem Sinne des Wortes eine persona incerta für den Erblasser sein. Es darf also kein Erbe so eingesetzt werden[1]: „Quisquis primum ad funus meum venerit, heres esto", weil, wie Ulpian sagt, „certum consilium debet esse testantis", oder weil, wie Gajus angibt, diejenige Person eine incerta ist, welche „per *incertam opinionem animo suo* testator subjicit"[2]. Es darf daher auch keiner so honoriert[3] werden: „Wer meinem Sohne

---

[1]) Ulpian, Fragm. XXII, § 4.

[2]) Gajus, Comm., II, 238.

[3]) Es leuchtet nämlich ein, warum man der incerta persona ebensowenig legieren, als sie instituieren kann. Das Legat ist, wie wiederholt hervorgehoben, nicht bloß Vermögensverfügung schlechthin, sondern es ist die (vgl. Nr. XIV) in der Verfügung über das Vermögen sich betätigende Fortexistenz des Willens. Der Wille zeigt jetzt, daß er es durch den Erben dahin gebracht hat, fortzuexistieren, indem er nun einzelne Wirkungen, Willensakte setzt und als nach dem Tode wirkend hervorbringt. Das Legat ist somit immer gleichfalls Selbstrealisierung und Fortsetzung des Willens —

seine Tochter zur Frau geben wird", oder: „Wer nach diesem Testament zum Konsul ernannt werden wird[1])." Denn in allen diesen Fällen würde eine incerta persona honoriert sein, d. h. der Testator würde wegen der Unbestimmtheit derselben seinen Willen, wie wir gesehen, nicht gesetzt, sondern aufgegeben haben, ganz wie bei der Erbeinsetzung quos Titius voluerit (s. Nr. XIII).

Warum darf nun aber, was zuerst dem Vorigen ganz zu widersprechen scheint, der Testator jemand so honorieren: „Ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit", wie Gajus a. a. O. berichtet? Hat der Testator hier nicht gleichfalls das Selbstwollen aufgegeben? Aber es zeigt sich hier nur, wie Formeln niemals ausreichen, den Begriff zu ersetzen. Der so Honorierte ist keine incerta persona, weil die Bezeichnung hier auf einen Kreis von Personen beschränkt ist, welche dem Erblasser bekannte, für ihn bestimmte sind. Der Erblasser könnte jeden derselben zum Erben einsetzen, und wie er sich mit jedem von ihnen identifizieren kann, ohne seine eigene subjektive Bestimmtheit aufzugeben, da sie gleichfalls lauter bestimmte Subjektivitäten für ihn sind, so kann er auch, ihnen allen die Möglichkeit des Erbens lassend, jeden von ihnen unter der Bedingung einsetzen, zuerst beim Begräbnis zu erscheinen. Sie sind ihm dann alle als Erben

---

und dies ist die Seite seiner Einheit mit dem Erbtum (s. S. 388, Note 1) —, aber an seinem Gegenteil, der Sache. Deshalb kann der incerta persona auch nicht legiert werden, weil in einem solchen Legate der Wille sich nicht als fortexistierend gesetzt, sondern im Gegenteil wegen der Unbestimmtheit der durch den bloßen Zufall zu bestimmenden Person das Wesen des Willens verleugnet und aufgehoben hätte.

[1]) Gajus, a. a. O.; Ulpian, Fragm. XXIV, 18.

gleichrecht, wenn sie nur die Bedingung dieser Aufgabe erfüllen, und wer von ihnen auch der Erbe werden möge — der Erblasser hat sich immer nur an eine für ihn bestimmte und bekannte Willenssubjektivität hingegeben und in dieser fortgesetzt. Der Zusatz „ex cognatis meis" verwandelt also die persona incerta[1]) durch die Beschränkung auf einen Kreis von lauter für den Erblasser bestimmten Willenspersonen in eine certa persona. Und sehr zu beachten ist die diese Erklärung auf das evidenteste bestätigende Genauigkeit, mit der Gajus wie Ulpian dem Zusatz ex cognatis meis hinzufügen „qui nunc sunt". Denn freilich, die Kognaten müssen schon zur Zeit des Testamentes geboren sein, um bestimmte Willenspersonen für den Erblasser zu sein; ein Ungeborener, Zukünftiger wäre eine durchaus unbestimmte für den Erblasser, weshalb auch der postumus alienus nicht erbfähig ist, und auch von der eigenen Deszendenz des testierenden Gewalthabers immer nur ein solcher erben kann, der zur Zeit seines Todes schon empfangen

[1]) Gajus wie Ulpian, a. a. O., erklären daher diesen Fall sehr irrig damit: „Sub *certa tamen demonstratione incertae personae* recte legatur." Denn diese Person ist gar keine incerta mehr, wie wir sahen. Und umgekehrt gerade die demonstratio bleibt auch nach dem Zusatz ex cognatis meis etc. ebenso sehr eine incerta, wie vor demselben, da sie noch immer eine Auswahl unter einer Vielheit zuläßt. (Ebenso wäre andererseits die durch die erfüllte Bedingung allerdings gegebene Sicherheit der Bezeichnung ebenso groß, wenn der Zusatz ex cognatis etc. nicht dastünde; die demonstratio wäre also in diesem Sinne auch dort eine certa zu nennen.) Was also vorliegt, ist vielmehr gerade eine incerta demonstratio einer *certa* persona, wenn auch die römischen Juristen, deren praktische Rechtsvirtuosität ihr theoretisches Selbstverständnis so weit übertrifft, die Sache umdrehen.

ist. Kognaten also, die zwar zur Zeit des Todes vorhanden wären, es aber nicht zur Zeit des Testamentes waren, würden somit immer solche bleiben, die im Augenblick des Testierens incertae personae für den Testator waren, und deren Honorierung also inutilis bleibt[1]).

Muß der einzusetzende Erbe aber sogar für den Erblasser eine bestimmte Geistesindividualität, ein für sich seiender Wille sein, so muß er dies, wie wir schon vorausgeschickt haben (S. 391), um so mehr an sich selbst sein, um zum Erben gemacht werden zu können. Nur was selbst eine Geistesindividualität, ein für sich seiender Wille ist, kann sich auch mit einer solchen gleichsetzen und sie perpetuieren. Deshalb können die Götter nicht zu Erben eingesetzt werden („deos heredes instituere non possumus etc.")[2]), denn sie sind abstrakte allgemeine Wesenheiten, nicht sich zur Spitze des Fürsichseins zusammenfassende Willenssubjektivitäten. Da sie dennoch in der Religion die Form von Individualitäten haben, so liegt in diesem Satze des Zivilrechtes die tiefe Ahnung, daß dies vorgestellte Individualitäten, nicht wirkliche sind, individualisierte Allgemeinheiten und allgemeine substantielle Mächte, nicht in sich geschlossenes Fürsichsein. Sie sind also erbunfähig, bis die Kaiserkonstitutionen und Senatuskonsulte anfangen, hierein Bresche

---

[1]) Aber die bloße Vermögenszuwendung — und daher das Fideikommiß — an jede incerta persona, und darum auch an den postumus alienus, ist im alten Recht wieder zulässig; Gajus, II, 287: „Eadem aut simili ex causa autem olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei possit"; bis Hadrian dies ändert.

[2]) Ulpian, XXII, § 6.

zu schießen und in Form von Privilegien einzelnen Göttern die Erbfähigkeit zu übertragen[1]).

Wenn man, um Erbe sein zu können, geistiges Fürsichsein sein muß, weil eben nur die Perpetuierung desselben die Idee und der Zweck des Erbtums ist, und die geistige Subjektivität nur wieder von einer solchen fortgesetzt werden kann, so folgt hieraus schon von selbst, daß Kollegien, Körperschaften, municipia, municipes, kurz, sogenannte juristische Personen nicht Erbe sein können. Denn diese bleiben stets abstrakte Kollektiva, denen, welche andere Rechte man ihnen auch gebe, die geistige Einheit, dies intensive In- und Fürsichsein der Person, und somit der Begriff der Subjektivität überhaupt fehlt. Sie werden daher mit Recht als eine incerta persona behandelt, d. h. diesmal nicht bloß in dem Sinne, daß sie für den Erblasser, sondern daß sie in sich selbst eine incerta persona sind: „Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam *incertum corpus* est, ut neque *cernere universi*, neque pro herede gerere possint, ut heredes fiant[2]).“ Die Mangelhaftigkeit dieses letzten, wieder ganz äußerlichen Grundes — die Schwierigkeit, den äußeren Akt der Adition vorzunehmen — liegt auf der Hand. Denn nichts wäre leichter, als dieser Schwierigkeit abzuhelfen, die, wie wir gleich weiter sehen werden, durchaus nicht das Entscheidende ist[3]). Das

[1]) Ulpian, a. a. O. — Vgl. über die vermögensrechtsfähige Persönlichkeit einzelner Priester- und Tempelkollegien unter eigenen Vorstehern: Dirksen, Zivilist. Abhandl., II, 50 fg., 116 fg.

[2]) Vgl. L. 8 C. de her. inst. (6, 24): „Collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est.“

[3]) So kann die bonorum possessio, weil sie eine bloße Vermögenszuwendung, keine Willensfortsetzung ist, und der Be-

Wahre aber, was auch noch aus den Worten dieser ungeschickten Begründung erkenntlich genug hindurchleuchtet, ist eben dies, daß solchen Körperschaften das innere Moment der Willenspersoneinheit und somit auch echter Willensentschließung, daß ihnen der durchdringende Blitz qualitativer geistiger Bestimmtheit und Einheit, d. h. also der Begriff des Subjektiven, die Einzelheit, überhaupt abgeht. Das römische Volk dagegen darf allerdings seit je[1]) zum Erben eingesetzt werden, denn der historische Volksgeist ist eben eine solche bestimmte Geistesindividualität, ist ein spezifisches und ausschließendes Eins, ist geistige Einheit anderen Volksgeistern gegenüber und hat das durchdringende Selbstbewußtsein dieser seiner geistigen Individualität. Es bewahrheitet sich hier wieder im Rechte der Satz der spekulativen Logik, daß die absolute Allgemeinheit und die absolute Einzelheit identisch sind. Das ganze Volk als solches hat in der absoluten Allgemeinheit des Volks-

dachte daher hier auch keine Willenssubjektivität zu sein braucht, allerdings den Munizipien und Körperschaften verliehen werden, und derselbe Ulpian findet hier gar keine Schwierigkeit dabei, daß die Agnition der bon. poss. für die Körperschaft vorgenommen werden kann, obgleich doch das von ihm gegen die Adition angegebene Argument ebenso gut auf diese Agnition passen würde; s. Ulpian, L. 3, § 4, de bon. poss. (37, 1): „A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio agnosci potest; proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quis alius, recte competet bonorum possessio. Sed etsi nemo petat vel agnoverit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem Praetoris Edicto." — Ebenso können die Körperschaften Fideikommisse erhalten; s. Ulp., Fr., a. a. O.

[1]) Ja, aus Aulus Gellius, VI, Kap. 7, und Macrob. Saturn., I, Kap. 1, würde man schließen müssen, selbst schon zu Ancus Martius' und sogar zu Romulus' Zeit!

geistes auch das es zu einem Eins, zum Träger einer für sich seienden, es durchdringenden geistigen Bestimmtheit, zur geistigen Individualität machende Band. Nur die zwischen beiden in der Mitte stehende Besonderheit der Körperschaft mit ihren besonderen Interessen ist, wie der das ganze Volk umschließenden Allgemeinheit des Geistes, so darum auch der Einheit der Individualität, der Einzelheit, beraubt.

Nur in einem Verhältnis kann man sagen, daß auch Körperschaften sich wie eine Willenssubjektivität verhalten: im Verhältnis nämlich zu der ihnen eigentümlichen Sache. Denn Eigentum ist Willensherrschaft. Ihrem eigenen Eigentume gegenüber nimmt also auch die Körperschaft den Schein der Willenssubjektivität an. Wenn ihr die bloße Besonderheit der Interessen, weil sie nicht die absolute Allgemeinheit des Geistes ist, auch die Einheit des Geistes und somit das Wesen der Einzelheit nicht verleihen kann, so gewinnt sie durch das Eigentumsverhältnis, durch welches die ihr eigentümliche Sache ihrem Willen als einem einigen unterworfen ist, dieser Sache gegenüber jene Willenseinheit, das Fürsichsein der Einzelheit. Mit anderen Worten: jedes Wesen, das einmal Eigentum besitzen kann, ist dadurch, was es auch nach außen und anderen Wesen gegenüber sein möge, immer notwendig Subjekt der ihm eigenen Sache gegenüber. Gelangt also diese Sache dazu, testieren zu können, d. h. wird der einem municipium gehörige Sklave von ihm freigelassen, so muß die Erinnerung, daß die Körperschaft diesem Sklaven gegenüber ein Subjekt war und es insoweit noch ist, als selbst seine Freiheit das Dasein ihres subjektiven Willens in bezug auf ihn bekundet, bewirken, daß sie diesem ihrem Freigelassenen

gegenüber, weil als ein Subjekt, somit auch als erbfähig erscheint. Ulpian, a. a. O.: „Senatusconsulto tamen concessum est, ut (municipia) *a libertis suis* heredes *institui possint.*

—

XXXII. Die Unteilbarkeit und Teilbarkeit des Erbtums.

Allein wenn man, um Erbe sein zu können, geistige Individualität und somit keine bloße Vielheit von Personen, wie ein Kollegium, sein muß, so wäre es, um das in diesem Zusammenhange aufzuführen, doch ein sehr falscher Schluß, zu meinen, daß der Erblasser nicht viele Erben einsetzen könne, wenn nur jeder von ihnen eine geistige Individualität ist. Denn wie schon die Persönlichkeit bei ihrer natürlichen Fortsetzung, der Zeugung, nicht auf einfache Reproduktion beschränkt ist, sondern sich vervielfältigen kann, so liegt es vollends in dem rein geistigen Wesen des Willens, daß er unendlich viele Willen bestimmen und zu ihm gleichen Abdrücken seiner selbst machen kann. Der Erblasser kann daher unendlich viele Erben einsetzen. (Inst. § 5 de her. inst. 2, 14. Paulus, R. S., III, 4.) Aber jeder von ihnen stellt die totale Willenssubjektivität des Erblassers dar, jeder ist der ganze erblasserische Wille. Es können daher den Erben, weil Erbschaft im Prinzip keine Vermögenszuwendung ist, auch nicht Stücke des Vermögens zugewiesen werden, sondern indem jedem Erben das ganze Vermögen gehört und das Recht eines jeden derselben jedes einzelne Stück durchdringt, teilen sie sich in das Ganze des Vermögens zunächst im Verhältnis zu ihrer Anzahl. Indem sie so Quoten-

erben sind, zeigen sie hierin gerade, daß ihr Recht nicht ein Vermögensrecht auf die einzelnen Dinge als solche ist, die ihnen bei der Teilung zukommen, sondern daß sie, über diese materielle Einzelheit hinausgreifend, jeder das Ganze des erblasserischen Willens sind. Denn die Quote, wie dies bereits Gans beim Quotenlegatar richtig hervorhebt (II, 209), ist eben der auf das Ganze bezogene Teil, ein Teil, in dem das Ganze als präsent ist, während nur die pars *quanta* ein beziehungsloser, in seiner materiellen Dingheit beruhender Teil ist. Wird dies aber zugegeben, so hätte man auch einsehen sollen, wie darin, daß der Erbe vom Erblasser niemals auf einzelne, bestimmte Stücke (*certarum* rerum heredem) eingesetzt werden kann, sondern immer zum Erben einer Quote gemacht werden muß, sich eben nur wieder eine Negation dessen darstellt, daß im Erbtum das Vermögen als solches verliehen wird, oder ein Kennzeichen mehr, daß das Vermögen und sein Übergang im Erbrecht überhaupt nicht anders denn als bloße sekundäre Folge des transszendentalen Prinzips der Willensfortsetzung in Betracht kommt; d. h. man hätte sich zur Kritik und Erkenntnis der ganz falschen Basis erheben sollen, von der aus man bisher das römische Erbrecht zu begreifen gesucht hat. Besonders deutlich tritt dies aber gerade wieder darin hervor, wenn nur ein Erbe eingesetzt ist. Das Vermögen nämlich ist eine in materielle Einzelheiten aufgelöste Menge von Dingen. Aber so soll es eben im Erbrecht nicht in Betracht kommen. Eine Vielheit von Dingen, Vermögensgegenstände, sollen im Erbrecht nicht übertragen werden. Sondern alle diese Dinge zusammen stellen nur, als seiner Willensherrschaft unterworfen, das unmittelbare materielle Dasein der Willenssubjektivität des

Erblassers, den realen Körper derselben dar. Nur als diese begriffliche Einheit, nur als diese Körperlichkeit seines Willens gehören sie der neuen Willenssubjektivität, welche durch ihren eigenen Willen wie durch den des Erblassers sich als mit der seinigen identisch und sie kontinuierend gesetzt hat. Darum läßt, auch wo nur ein Erbe vorhanden ist, wo also gar kein praktischer Anlaß dazu vorliegt, das römische Erbrecht die Vermögensgegenstände des Erblassers nicht in ihrer aufgelösten Form ruhiger Dingheit beharren, sondern reißt sie aus dieser heraus und erhebt sie zu der künstlichen Einheit des „As". Das As drückt diese zu einer begrifflichen Einheit aufgehobene Totalität des Vermögens aus. Jeder alleinige Erbe ist sofort Erbe „ex asse"; dies heißt eben nichts anderes, als daß er nicht die Gegenstände in ihrer natürlichen Vielheit erben soll, sondern sie als Einheit gedacht, d. h. als das unmittelbare Dasein des von ihm auf sich genommenen Willens in der Sphäre der realen Wirklichkeit. Sind mehrere Erben da, so teilt sich also das gegenständliche Vermögen in die ideellen Quotenteile des As, die Unzien, und zwar, wenn nichts anderes bestimmt ist, der Zahl der Erben nach. Weil aber der Erblasser durch Einsetzung beliebig vieler Erben die Quote jedes einzelnen beliebig beschränken kann, und jeder Erbe, wie klein auch seine Quote sei, dennoch immer die ganze erblasserische Willenssubjektivität fortsetzt, die Größe der Vermögensquote somit das für den Erbbegriff schlechthin Gleichgültige und Äußerliche ist, so kann gerade deshalb auch der Erblasser selbst die Größe der Quote, aus welcher jemand Erbe sein soll, beliebig und ungleich für die einzelnen Erben bestimmen. Denn das Vermögen ist eben das dem Erbtum selbst

Äußerliche und Sekundäre, dessen Teilung daher keine Teilung im Erbbegriffe, der Willensidentität, hervorbringt. Denn in diesem darf keine Teilung stattfinden. Der Erbe darf daher nicht das tun, was scheinbar dasselbe wäre wie die vom Testator vorgenommene Teilung; er kann nicht, wenn ihm die ganze Erbschaft übertragen ist, nur für einen Teil antreten. Paulus, L. 1 de acqu. vel. om. her. (29, 2): „Qui *totam* hereditatem acquirere potest, is *pro parte eam scindendo adire non potest.*" Die Mathematik verliert also hier ihre Geltung, indem, wer das Größere kann, das Kleinere nicht kann. Sie verliert aber ihre Geltung nur deswegen, weil es sich im Erbrecht eben nicht um Gegenständliches, und also nicht um Größenverhältnisse, sondern um rein ideelle Faktoren handelt. In der Tat würde der Erbe, der, zur ganzen Erbschaft berufen, nur einen Teil antreten wollte, etwas ganz anderes tun, als der Testator bei der Teilung. Denn während dieser nur das Vermögen, das äußerliche unwesentliche Akzidenz des Willens, unter die Erben teilt, jedem derselben seine ganze Willenssubjektivität aufdrückend, würde der Erbe den Willen des Testators spalten, teilen *(scindendo)*, wie Paulus trefflich hervorhebt). Der Willensbegriff aber ist als Geistiges ein Unteilbar-Einiges, in dem es keine quantitativen Bestimmungen, kein Größer oder Kleiner, Mehr oder Weniger gibt. Wer den Willen des Testators nicht ganz akzeptiert, erweist sich als nicht identisch mit ihm und somit als Nichterbe. Darum darf der Erbe nur die ganze Erbschaft, nicht einen Teil derselben antreten. Wohl aber wäre dieser Satz der unlogischste von der Welt, wenn das Erbtum im Prinzip eine Vermögensverfügung, eine Übertragung von Gegenständlichem

wäre. Denn hier würde allerdings, war das Größere akzeptieren kann, auch das Kleinere akzeptieren können; wie z. B. beim Verkauf, wenn verschiedene Größen gemeint worden sind, die kleinere gilt, als für welche Übereinstimmung in beiden Willen vorhanden war (s. Savigny, „System", III, 274fg.). Jener Satz des Paulus ist vielmehr so wahr, daß er notwendig noch weiter geht, und auch der Erbe, der vom Erblasser zu mehreren Teilen eingesetzt ist, nur für alle, nicht für einige derselben eintreten kann. Ulpian, L. 2 de acqu. her. (29, 2): „Sed etsi quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere." Denn wie auch der Erblasser das Akzidenz des Vermögens verteilt hat, sein Wille bleibt ein ideelles Unteilbares, das jeder Erbe ganz auf sich nehmen und in sich darstellen muß. Eben deshalb ist der Erblasser seinerseits gezwungen, jedem der Erben stets eine Quote des Vermögens, wie klein sie auch sei, zu übertragen. Denn wenn er ihm, ihn auf bestimmte Sachen einschränkend, die Quote nähme, so würde er ihm eben das nehmen, das Ganze seines Willenswesens in sich zu haben und darzustellen, er würde ihm also den Erbcharakter selbst entziehen. Darum darf er nur insofern den Erben zu einem Erben certarum rerum einsetzen, als diese selbst in sich eine Einheit und Totalität bilden, und nur die Ziffer der Quote, in welcher diese Einheit zur Gesamttotalität steht, nicht ausgedrückt ist; er darf ihn also einsetzen für „alle Sachen, die er in der Provinz Mauritanien, oder auf seinem Landgut, oder in der Stadt hinterlassen hat" (s. die Stellen oben S. 275, Note 1).

XXXIII. Die Erbunfähigkeiten der lex Julia und Papia Poppaea. Der Unterschied im Zeitpunkt der Fähigkeit. Der Begriff der Kaduzität.

Wenn sich uns nun die Erbunfähigkeiten des alten Zivilrechtes im Vorhergehenden als die notwendigen und konsequentesten Ausflüsse des Erbbegriffes selbst nachgewiesen haben, so stellen die späteren Unfähigkeiten der lex Julia und Papia Poppaea eine zwar losere und willkürlichere, aber immer noch analogische Fortbildung desselben Grundgedankens dar.

Der Gedanke des Erbtums ist die Willensperpetuierung, nicht also die Fortsetzung des Willens über den Tod hinaus auf einen Augenblick, auch nicht auf die bloße Lebensdauer des Erben, sondern Perpetuierung im wirklichen Sinne, in das Unendliche. Auch wird diese Willensunsterblichkeit wirklich durch das Erbtum erreicht. Denn der Erbe hinterläßt wiederum einen Erben, der dessen Willenssubjektivität, und somit ebenso die mit ihr identische seines Erblassers, fortsetzt, und so in unendlicher Reihe. Sicher aber dieser Willensunsterblichkeit, sicher, sie für sich selbst zu haben, und somit auch, sie einem anderen gewähren zu können, ist nur derjenige, der sich einen *suus* erzeugt hat. Denn er hat einen unmittelbaren und einen notwendigen Willensfortsetzer hinter sich. Ein anderer kann ohne Testament sterben, sein Testament kann hinfällig werden, seine Testaments- wie endlich auch seine Intestaterben können ausschlagen. Gesichert gegen dieses alles ist nur der Inhaber des suus. Er hat, er mag mit oder ohne Testament sterben, in ihm den unmittelbaren, er hat, dieser mag wollen

oder nicht, den gezwungenen Willensfortsetzer, den zivilrechtlich notwendigen Erben hinter sich. Er allein ist nicht mehr bloßer wieder verschwindender Willenspunkt, sondern er ist bereits unmittelbar Ausgangspunkt der unendlichen Reihe, die sich hinter ihm zeigt.

Dieser Gedanke ist es, unter dessen innerer Einwirkung die lex Julia die coelibes für erbunfähig erklärt[1]). Und daß dieser Begriffszusammenhang hier nicht bloß willkürlich in die lex Julia hineingetragen wird, zeigt deutlich die lex Papia durch ihre Bestimmungen über die orbi, d. h. Kinderlosen. Wenn die Ehelosigkeit als ein Willensfaktum dem Individuum zur Schande imputiert und bestraft werden kann, so verhält es sich nicht so mit der Kinderlosigkeit. Gleichwohl wird auch diese, da der Kinderlose, weil er eben bloß Willenspunkt, nicht Ausgangspunkt der unendlichen Reihe ist und den Erbbegriff so gleichsam nur zur Hälfte erfüllt, zur Ursache, ihnen die Hälfte der Erbschaft zu entziehen. Gajus, II, 286[2]): „Item orbi qui per legem Papiam ob id quod liberos non habent, *dimidias partes* hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse." Und nicht minder deutlich zeigt sich der Geist dieser Bestimmung noch nachträglich darin, daß, als dieselbe durch das SC. Pegasianum auch auf die Fideikommisse ausgedehnt wird[3]), diese Hälften denjenigen Personen an-

---

[1]) Ulpian, XXII, 3: „Idem juris est in persona coelibis propter legem Juliam." Gajus, II, § 111.

[2]) Vgl. Gajus, II, § 111. Ulpian, XV, XVI.

[3]) Gajus, II, 286: „. . . sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque ac legata hereditates capere posse prohibiti sunt." Wenn es zunächst auffallend scheinen kann, daß so gerade in der späteren Zeit strengere Grundsätze

heimfallen, „qui testamento *liberos* habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum etc."

Es ist noch hervorzuheben, daß nur bei diesen neu aufgestellten Unfähigkeiten der lex Julia und Papia, sowie der durch die lex Junia gegebenen Unfähigkeit des Latinus Junianus, nicht, wie bei den Unfähigkeiten des alten Zivilrechtes, darauf gesehen wurde, ob die Fähigkeit zur Zeit des Testamentes, ja, auch nicht einmal, ob sie zur Zeit des Todes des Testators, sondern nur, ob sie zur Zeit des Erwerbes der Erbschaft (Adition) da war. „Diese letzte Vorschrift" erklärt Savigny[1]) diese scheinbar so befremdliche Anomalie — „hatte den praktischen Zweck, daß gerade die dargebotene Erbschaft ein Beweggrund sein sollte, für den Ehelosen, sogleich in eine Ehe

---

in bezug auf das Fideikommiß platzgreifen, so muß sich dies nach der oben (Nr. IX) über das SC. Pegasianum gegebenen Entwickelung von selbst als notwendig ergeben; denn je mehr der Erbbegriff sich mit der Vermögenszuwendung identifiziert und in diese übergeht, desto mehr muß zwar das Erbrecht von seiner zivilistisch-rechtlichen Strenge verlieren, was aber von dieser Strenge noch übrigbleibt, muß jetzt mehr und mehr auch auf den Fideikommissar übertragen werden, gerade weil dieser mehr und mehr sich dem wahren Erben assimiliert hat. Diese Bemerkung erklärt also nicht bloß die eben erwähnte Übertragung des SC. Pegasianum, sondern den gesamten Gang der späteren Rechtsgeschichte des Fideikommisses in dieser Hinsicht. So waren früher, solange die Willensperpetuierung im Gegensatz zur bloßen Vermögenszuwendung des Fideikommisses noch als der echte Begriff des Erbtumes lebendig ist, Fideikommisse auch an die incerta persona, z. B. den postumus alienus erlaubt. „Sed" — wie Gajus bald darauf (II, 287) fortfährt — „senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, *idem* in *fideicommissis,* quod in *legatis hereditatibusque* constitutum est."

[1]) VIII, 459.

zu treten, für den Latinus Junianus, sich des Jus Quiritium schnell würdig zu machen." Aber dieser praktische Zweck — der überdies nicht auf die Bestimmungen der lex Papia über die Kinderlosen passen würde — bedarf zuvor noch einer tieferen Rechtfertigung seiner inneren Konkordanz mit dem Wesen des Rechtssystemes, die hier nur kurz angedeutet werden soll. Alle die genannten Unfähigkeiten der lex Junia, Julia und Papia kommen darin überein, daß sie Kaduzitäten schaffen. Diesen Begriff erklärt Ulpian, XVII, § 1, also: „Quod quis sibi testamento relictum, ita ut *jure civili capere* possit, *aliqua ex causa non* ceperit, caducum appellatur, veluti *ceciderit ab eo*; verbi gratia, si coelibi vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel coelebs legi paruerit vel Latinus jus Quiritium consecutus sit, aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel pereger factus sit." Es liegt schon in diesen Worten offen zutage, daß der Begriff der Kaduzität keine substantielle Unfähigkeit in sich einschließt. Im Gegenteil, es ist die ausdrückliche Voraussetzung, daß die eingesetzte Person an sich zum Erben ist; nach Zivilrecht muß er Erbe sein können (ita ut *jure civili* capere *possit*). Er muß also römische Willensperson usw. sein. An sich zur Fortsetzung einer Willenssubjektivität und somit zum zivilrechtlichen Erbtum vollkommen fähig, ist es jetzt vielmehr nur ein ihm in der äußeren zufälligen Wirklichkeit entgegenstehendes positives Hindernis, welches ihn in der Ausübung dieser an sich vorhandenen Fähigkeit hindert, und zu dessen Beseitigung er wiederum an sich vollkommen befähigt ist[1]), wie

[1]) So liegt es in der Hand des Latinus Junianus, durch seine eigenen Willenshandlungen die römische Zivität zu erlangen (Ulpian, Fragm. III, §§ 1–6), und er ist daher,

dies in dem Ulpianschen Beispiel des vor der Eröffnung der Tafeln abgereisten heres ex parte sinnfällig hervortritt. Darum ist dies Recht, welches an sich an ihm haftete, nur von ihm gleichsam abgefallen (veluti *ceciderit* ab eo). Es kann sich daher hier nicht so verhalten, wie wenn ein an sich des Erbtums Unfähiger, ein peregrinus, eine incerta persona eingesetzt worden ist, daß nämlich von Haus aus inutiliter testiert worden ist; sondern da er seinem substantiellen Begriff nach des Erbtums vollkommen fähig, fragt es sich nur, ob er bei der Ausübung desselben diese Fähigkeit wird verwirklichen können, oder ob ihm hier Hindernisse der Wirklichkeit gegen die wirkliche Ausübung dessen, wozu er an sich fähig ist, entgegentreten werden. Darum kann also bei dieser Art von Unfähigkeiten, weil sie nur Hindernisse der Wirklichkeit gegen die Ausübung der an sich seienden Fähigkeit darstellen, auch nur die Fähigkeit oder Unfähigkeit zur Zeit der Ausübung des Erbtums, d. h. der Adition in Betracht kommen. Oder mit anderen Worten: Wegen der an sich vorhandenen Erbfähigkeit verwandelt sich das der Wirklichkeit dieser Fähigkeit entgegenstehende Hindernis realer Umstände von selbst in die Bedingung, diese realen Umstände bis zur Adition zu beseitigen, und wird daher, wie bei der bedingten Erbeinsetzung, nur auf die Fähigkeit zur Zeit des Eintretens der Bedingung gesehen. Und zugleich

---

da dies nur von seinen Willenshandlungen abhängt, schon vorher seinem Wesen nach fähig, sich Zivität und Erbtum zu erwirken. Vom coelebs ist dies selbstredend, aber auch der orbus ist an sich als Mensch vollkommen fähig, Kinder zu erzeugen, und wenn er dies nicht fertig bringt, so ist die Unfähigkeit dazu keine aus seinem Begriffe entspringende.

hat sich uns in dieser Begriffserörterung auch der theoretische Grund für die innere Notwendigkeit dieses Verhältnisses bei den bedingten Erbeinsetzungen ergeben.

XXXIV. Die Identifikationshandlung des Erben. Die Adition und ihre Bedingungen. Das spekulative Wissen und sein Umfang.

Allein wie fähig des Erbtums der Eingesetzte auch sei, durch die Fähigkeit allein ist er noch nicht Erbe. Hierzu gehört vielmehr, daß er, diese Fähigkeit verwirklichend, sich nun auch durch sein Wollen als den identischen Willenserhalter des Erblassers setzt und sich so selbst zum Erben macht. Dies bewirkt er eben, wie wir früher sahen, durch den Akt der Adition. Allein die Adition ist doch nur der äußere Akt, in welchem jener Wille zutage treten soll, und bewirkt daher das, was sie bewirkt, nicht durch die äußere formelle Handlung als solche, sondern nur durch den in ihr lebenden Willen, den Erbbegriff zu erfüllen[1]), Erbe sein zu wollen. Erbe sein wollen heißt aber nach unserer Entwickelung nicht: die Vermögenshinterlassenschaft des Toten erwerben wollen — dieser Wille freilich tritt in jeder Adition stets sehr deutlich zutage —, sondern, und während dies

[1]) Weshalb denn später auch jeder andere Akt, in welchem dieser Wille zutage tritt, d. h. die pro herede gestio, die solennelle Cretio ersetzen kann.

nur das Akzidentelle und Sekundäre, im alten Recht auch wegen der Absorbierung der ganzen Hinterlassenschaft durch Legate in der Regel realiter gar nicht Eintretende ist (s. Nr. VII), heißt es vielmehr: den Willen haben, geistige Willensidentität mit dem Erblasser und daher Kontinuation seiner Willenssubjektivität zu sein. Käme es also dazu, daß beides sich spaltete, und daß ein Eingesetzter zwar durch die Adition die Vermögenshinterlassenschaft erwerben will, aber diesen geistigen Willen nicht hat, so würde — ein neues und gewaltiges Fundament mehr für unsere Lehre — die Adition, weil sie den transszendenten Erbtumsbegriff nicht erfüllt, eine ganz und gar wirkungslose und nichtige sein müssen.

Es werden sich uns sofort die ebenso praktisch wie theoretisch wichtigen Folgerungen ergeben, die sich aus dem so entwickelten Satze ableiten müssen. Konstatieren wir zuvor, daß dies der wahre Sinn des römischen Satzes ist, daß die Erbschaft nicht durch irgendeine äußerliche Handlung als solche, sondern „durch die Bestimmung des Geistes", *animi destinatione*, erworben oder resp. ausgeschlagen werde[1]). Und wir haben früher schon gesehen, daß diese destinatio animi, Identität mit dem erblasserischen Willen zu sein, sogar bei dem suus und bei dem necessarius da ist, nur hier als eine nicht erst hervorzubringende und darum auch nicht erst zu setzende, sondern als eine durch sein Verhältnis zum Erblasser unmittelbar und notwendig vorhandene. Allein bei dieser destinatio animi muß sich

---

[1]) Inst., § 7 de her. qual. (2, 19); L. 6 C. de jur. del. (6, 30) (Diocletianus); vgl. Papinian, L. 76 de reg. jur. (50, 17).

nun wieder zeigen, daß der Wille, weil er nur der praktische Sichselbstverwirklichungstrieb des Geistes ist, seine Quelle notwendig im Geiste, d. h. im Wissen hat (vgl. Bd. 1, S. 122fg., und § 2, B. das.), weshalb Papinian in der eben (Note 1 d. vor. Seite) angezogenen Stelle sehr richtig sagt: „In totum omnia, quae *animi destinatione agenda sunt,* non nisi *vera et certa scientia* perfici possunt.“ In der Tat, wenn der Begriff des Erbtums der ist, die Willenssubjektivität des Erblassers forterhalten zu wollen, und zwar als ein mit ihr identischer Wille, so ist, ehe und damit der Erbe diesen Willen haben kann, zuvor jedenfalls erforderlich, daß er auch wisse, daß der Wille des Erblassers ihn zu seinem Erhalter und Kontinuator gewollt hat. Denn wäre dies nicht der Fall, oder wüßte es der Erbe auch bloß nicht, so würde er für sich selbst ja bloß durch seinen alleinigen Willen den Erblasser fortsetzen wollen; dadurch aber würde er sich als einen solchen zeigen und eingestehen, dessen Willensinnerlichkeit eine von dem — von ihm selbst als verschieden gedachten — Willen des Erblassers verschiedene ist. Er würde sich also als einen anderen für sich seienden Willen zeigen, als der Erblasser, während er ein mit ihm identischer sein soll. Er würde sich nicht als einen Willensaufrechterhalter, sondern vielmehr als einen Willensbeiseitesetzer des Erblassers offenbaren, nicht als eine übereinstimmende Fortsetzung der Willenssubjektivität des Erblassers, sondern im Gegenteil als eine dieser andere und von ihr abstrahierende Negation derselben. Er würde also durchaus dem transszendenten Begriff des Erbtums ins Gesicht schlagen und sich durch eine solche Adition nicht als Erben, sondern als das Gegenteil

eines solchen setzen[1]). Darum muß also ohne dieses Wissen, daß ihn der Erblasser zum Erben gewollt hat, die Sache ganz so liegen und die Adition ganz ebenso unwirksam sein, als wenn ihn dieser in der Tat gar nicht eingesetzt hätte.

In der Transszendenz des spekulativen Erbbegriffes wurzelt also die Notwendigkeit des Wissens und kann lediglich von hier aus begriffen werden. Wir sagen, dieses eine muß der Erbe wissen, daß und inwiefern der Erblasser ihn als Erben gewollt hat, oder richtiger noch und begrifflicher ausgedrückt: die geistige Beziehung, welche zwischen der Willenssubjektivität des Erblassers und seiner eigenen besteht, muß er wissen, wenn sie stattfinden soll, da sie sonst gar keine geistige Beziehung wäre, keine gewollte und identische Willensbeziehung des Erben auf den Willen des Erblassers stattfände, und somit Erbtum unmöglich wäre. Aus diesem Einen ergibt sich, wie wir sehen werden, in der Tat alles, was der Erbe zu wissen braucht. Denn alles das, was diesem spekulativen Begriff des Erbtums, der Willensidentität, nicht immanent ist, braucht der Erbe, in wie naher Berührung es auch mit dem Erbrecht stehe, wie sich zeigen wird, nicht zu wissen, ohne daß es ihm schadet. Die zuvor belobten Worte Papinians sind daher, wie alle allgemeinen Aussprüche der römischen Juristen, noch viel zu vager und unbestimmter Natur, da nach ihnen die „vera et certa scientia" des Erben alle objektiven Umstände der Erbeinsetzung umfassen zu müssen scheinen könnte,

---

[1]) Vgl. deshalb Ulpian, L. 21 pr. de acqu. her. (29, 2): „Si quis extraneus rem hereditariam quasi surripiens vel expilans tenet, *non pro herede gerit,* nam admissum *contrariam voluntatem* declarat."

was aber keineswegs der Fall ist. Vielmehr erhebt sich hier wieder von neuem die feinste begriffliche Dialektik, in den verschlungensten Windungen zeigend, was alles der Erbe wissen muß und nicht zu wissen braucht, eine Dialektik der haarscharfsten Unterscheidungen, welche einerseits ebensosehr der wunderbaren praktischen Sicherheit der römischen Juristen Ehre macht, die in ihren konkreten Entscheidungen stets die von dem unbewußt in ihnen arbeitenden spekulativen Begriff gebotenen Folgerungen treffen, als sie andererseits die Omnipotenz des spekulativen Begriffes zeigt, der sich auch hier wieder als die alleinige Macht der Rechtsbestimmungen und als der einzige Schlüssel zu ihrem Verständnis erweist; ein Verständnis, welches bisher vergeblich erstrebt werden mußte, und zum Teil nicht einmal zu finden versucht werden konnte.

Ehe wir aber zur begrifflichen Entwickelung dieser Unterschiede im Wissen übergehen, muß zuvor hervorgehoben werden, daß der suus natürlich überhaupt keines Wissens benötigt ist. Die Notwendigkeit hiervon ist einleuchtend. Das Wissen ist, wie wir sahen, erforderlich als die innere für sich seiende Vermittelung im Geiste des Erben, als die geistige Tätigkeit, durch welche er sich zur Willensidentität mit dem Erblasser bestimmt. Der suus aber ist eben dies (Nr. XXI fg.), keiner geistigen Vermittelung, keiner für sich seienden Selbstbestimmung mehr zu bedürfen, um Erbe zu sein, sondern unmittelbar, d. h. mit Ausschluß aller Vermittelung, dies zu sein. Der suus ist bereits Erbe durch das seiende Verhältnis, in welchem er zum Erblasser steht und welches ihn sogar gegen seinen eigenen Willen zum notwendigen Erben macht. Bei ihm kann also, weil sein sub-

jektives Fürsichsein überhaupt nicht in Betracht kommt — denn als ein bereits unmittelbar bestimmtes ist es als ein seiendes, naturbestimmtes gesetzt und nicht mehr als Fürsichsein vorhanden —, auch das Wissen nicht erforderlich sein, denn Wissen ist eben Fürsichsein des Geistes. Von dem suus heißt es daher: *sui* autem heredes fiunt *etiam ignorantes*[1]). Und da sein Fürsichsein überhaupt nicht in Betracht kommt, so ist es beim suus sogar notwendig völlig indifferent, ob er wahnsinnig ist. Denn auch der Wahnsinnige ist immer noch an sich subjektiver Geist, aber ein solcher, der außer sich gekommen ist, sein eigenes Fürsichsein verloren hat. Der suus — und ebenso der unter derselben Begriffsbestimmung der Unmittelbarkeit stehende necessarius — ist aber der Erbe, bei welchem alle Selbstvermittelung und Selbstbestimmung, somit alles Fürsichsein als ausgeschlossen und gleichgültig gesetzt ist. Der suus und der necessarius ist daher auch als Wahnsinniger erbfähig und sofort Erbe. (Javolenus, L. 63 de acqu. vel om. her., 29, 2)[2]).

Es ist also nur der extraneus, weil nur dieser der voluntarius ist, welcher, weil er sich selbst zu jener Identität erst machen und bestimmen muß, auch die Vermittelung des Wissens braucht. Für ihn ist aber das Wissen

1) Inst., § 3 de hered. quae ab intest. (3, 1); vgl. L. 9, § 1, de reb. dub. (34, 5); L. 1, § 7, si quis om. caus. (29, 4). Von dem suus wird daher nicht einmal die mortis scientia gefordert; L. 8 C. de suis et legitimis etc. (6, 55).

2) „. . . nisi si *necessarius patri aut domino* heres existat." — L. 7, § 2, C. de curat. furiosi (5, 70): „Si vero perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus."

nun auch die Prinzipalbedingung, um seinen Erbschaftsantritt wirksam zu machen, gleichviel ob er in der solennellen Adition, oder später in anderen Handlungen besteht, die den Willen, Erbe zu sein, offenbaren („... *dummodo sciat*, eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse et *se ei heredem sse*")[1]. Denn wüßte er dies nicht, so würde er nur den Willen haben, das Vermögen zu erwerben, nicht aber den Willen, den transszendenten Begriff des Erbtums, die Willensidentität mit dem Erblasser, zu erfüllen.

Wie aber dieser spekulative Begriff der einzige Grund ist, weshalb das Wissen erforderlich, so ergibt sich auch nur aus ihm, und in der strengsten geschlossensten Übereinstimmung mit ihm, der Umfang dieses notwendigen Wissens. Nicht darauf ist also hier der Ton zu legen, daß der Erbe wissen muß, daß der Erblasser tot ist. Zwar folgt auch dies aus dem Erbbegriff. Denn der Testator wollte nicht früher durch eine andere Willenssubjektivität fortgesetzt sein, bis seine eigene in natürlicher Existenz nicht mehr vorhanden wäre, und folglich wäre das Wollen dessen, der ihn früher oder ohne Rücksicht auf diesen Zeitpunkt repräsentieren wollte, kein mit jenes Willen übereinstimmender, identischer Wille[2]).

---

[1]) Inst., § 7 de her. qual. (2, 19).

[2]) Es wird also der Erbe, auch wenn der Testator wirklich tot ist, er aber dies nicht weiß, nicht wirksam antreten können. Ulpian, L. 32 de acqu. her. (29, 2): „Heres institutus si *putet* testatorem vivere, quamvis jam defunctus sit, adire hereditatem non potest." Und ebenso dann nicht, wenn er zweifelt; denn Wissen heißt Gewißheit, d.h. innerste subjektive Überzeugung; Ulpian, L. 13, § 1 eod. tit.: „Si quis *dubitet*, vivat testator nec ne, repudiando nihil agit." Es ergibt sich beiläufig von selbst aus unserer ganzen Entwickelung, wie irrig Heise und Cropp (II, 121) meinen, es käme darauf

Aber nicht hierin liegt das Spezifische des Wissens beim Erbrecht. Denn auch der Wille, die Güter eines noch Lebenden zu besitzen, würde ein in sich unwirksamer, und dieses Wissen (das des Todes) daher auch für den bloßen Vermögenserwerb der bonorum possessio erforderlich sein[1]). Das spezifische Wissen, das hier erforderlich ist, besteht vielmehr darin, daß der Erbe, wie wir sagten, die geistige Beziehung wissen muß, die zwischen der Willenssubjektivität des Erblassers und seiner eigenen besteht. Im Wissen dieses begrifflichen Verhältnisses liegt alles, was er zu wissen

an, daß rechtliche Gewißheit im objektiven Sinne über den Tod des Erblassers vorhanden sei.

Was die Repudiation der Erbschaft betrifft, so wird sie bekanntlich ganz durch dieselben Bestimmungen wie die Adition geregelt (Paulus, L. 18 de acqu. her.: „Is potest *repudiare* qui et *acquirere* potest"). Die Notwendigkeit hiervon ist einleuchtend. Repudiation ist nicht Nichterbenwollen in jenem indifferenten Sinne, in welchem es zu jeder Zeit von uns gilt, wenn wir überhaupt keine Erbschaft machen können und daher auch keine zu machen vorhaben; sondern Repudiation heißt Zurückstoßung, Negation der angebotenen Willensidentität. Somit muß diese Identität, um negiert zu werden, vorher vom Erblasser seinerseits gesetzt, d. h. offeriert worden sein. Früher kann sie, da sie vom Erben allein nicht erzeugt werden kann, ebensowenig negiert als bejaht werden. Hieraus folgt also, daß die Delation des Erbtumes, und zwar unter Beobachtung aller jener Bestimmungen, die für die Adition aus dem Erbbegriff hervorfließen, gültig vorhergehen muß, ganz ebenso für die Negation als für die Bejahung der Willensidentität, d. h. also, daß man nur dann zur Repudiation fähig ist, wenn es zur Adition wäre, und umgekehrt.

[1]) Paulus, L. 19 de acqu. her.: „Qui hereditatem adire, *vel bonorum possessionem* petere volet, *certus* esse debet, defunctum esse testatorem."

und nicht zu wissen braucht. Er muß also zunächst wissen, daß ihn der Testator zum Erben gewollt hat („et se ei heredem esse“, wie Justinian soeben sagte). Da er aber dies nur wissen muß, weil er eben die qualitative geistige Willensbeziehung des Erblassers auf ihn, das begriffliche Verhältnis, wissen muß, so liegt hierin schon, daß er jene Willensbeziehung in ihrer qualitativen Bestimmtheit wissen muß, also wissen muß, ob sich der Erblasser durch ausdrückliche Willensentschließung, oder bloß durch das vorausgesetzte Wesen seiner Willenssubjektivität auf ihn als Willensidentität bezieht[1]) (testatum intestatumve obiisse). Ebenso aber, wenn er vor allem den Willen des Erblassers als einen auf ihn gerichteten kennen muß, so ist hierin bereits gegeben, daß er wissen muß, daß der Testator auch willensfähig war. Denn wenn er dies nicht einmal wollen konnte, hat er — es ist dies sogar tautologisch — auch nicht gewollt, hat es eben nicht wollen können[2]). Der Erbe muß also wissen, daß der Testator pater familias war, und wird nicht wirksam antreten können, wenn er ihn irrtümlich für einen filius familias hält, da er sich dadurch, daß er den Testator für willensunfähig zum Testieren hält, das Fundament, auf welches er seine Willensidentität mit ihm stützen muß, ganz ebenso selbst entzieht, als wenn der Testator es wirklich gewesen wäre. Ulpian[3]): „Sed et si de conditione testatoris incertus sit, pater familias an filius familias sit, *non poterit* adire hereditatem, etsi ejus

[1]) Dies wird zur näheren Darlegung und Entwickelung kommen bei der letzten Betrachtung des Intestaterbrechtes, Nr. XL.

[2]) Vgl. Bd. 1, S. 670, über die „rechtliche Natur des Testamentes“.

[3]) L. 32. § 2 eod. tit.

conditionis sit *in veritate, ut testari poterit.*" Allein, um dies hier gleich in Antithese zu bringen, wenn der Erbe über seine eigene Kondition zweifelt, ob er pater- oder filiusfamilias sei, so hindert dies ihn nicht an der Adition. Ulpian[1]): „Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filius familias sit, posse eam acquirere hereditatem jam dictum est." Und es kann ihn nicht daran hindern, denn seine eigene persönliche Selbständigkeit oder Unselbständigkeit hat nichts mit der geistigen Willensbeziehung zu tun, welche der Erblasser zu ihm hat, und ändert nicht sein Verhältnis zu demselben. Er würde in beiden Fällen Erbe und der Adition fähig sein, wenn er auch das eine Mal das Erbtum für seine noch in seinem Gewalthaber befindliche Willenssubjektivität (s. oben Nr. XXI), das andere Mal für diese als eine nun selbst zum Subjekte und Träger ihrer selbst gewordene erwirbt. Ulpian wirft daher selbst a. a. O. die Frage auf, woher es käme, daß das Nichtwissen über die Kondition des Testators hindere, nicht aber das der eigenen, und beantwortet diese Frage, den richtigen Punkt hier sehr genau treffend, wie folgt: „Cur autem si ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest? *Illa* ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, *an valeat testamentum,* dubitat, qui de *sua,* de *testamento certus est.*" „Dieser ist über das Testament sicher." Das Testament ist aber eben die Willensbeziehung, die sich der Testator auf den Erben gegeben hat.

Aber wir haben früher gezeigt, warum das Testament wesentlich kein bloßer formloser Wille, das Erbtum kein bloßer Konsens zweier Privatwillen ist. Denn

---

[1]) L. 34 pr. eod. tit.; vgl. Ulpian. L. 6. § 4 eod. tit.

dieser erst in der Zeit nach dem Tode des vinculum juris empfangende Wille, dieser nach dem Tode wollende Wille ist keine natürliche Fähigkeit des Menschen, sondern ein Produkt dieses bestimmten Volksgeistes, d. h. des öffentlichen Geistes[1]), und daher nur hervorzubringen durch die Formen und die Bestimmungen des öffentlichen Rechtes[2]) (secundum hanc legem publicam). Sind diese nicht beobachtet worden, so ist also dieser im öffentlichen Geiste wurzelnde Wille gar nicht von seinem Autor gesetzt und hervorgebracht worden. Ein von der Kraft jener Bestimmungen nicht getragenes Testament ist daher, weil die Testamentifactio juris publici ist, nicht nur unwirksam in dem äußerlichen Sinne, daß dem Willen das Hindernis eines positiven Gesetzes entgegensteht, sondern es ist hier überhaupt kein echter Wille, kein Wille kraft der in jedem einzelnen als Fähigkeit vorhandenen — und allein hierzu befähigenden — Substanz des Volksgeistes, sich den Willensperpetuierer zu erzeugen, dargelegt, oder auch nur innerlich produziert worden. So — aber auch nur so — begreift sich, daß der Erbe, der, um dies sein zu können, sich darüber gewiß sein muß, daß der Testator diesen sein Erbtum erzeugenden Willen hatte, sich deshalb auch ebenso gewiß darüber sein muß, daß der Testator alle jene formellen Bestimmungen beobachtet hat; daß er sich also ebenso gewiß darüber sein muß, daß das Testament nicht irritum oder injustum ist, als er sich darüber gewiß sein muß, daß das Faktische des erblasserischen Willens auf ihn gerichtet war, d. h. also z. B. daß das ihn einsetzende Testament nicht ge-

[1]) Siehe oben Nr. VIII, X und XV.

[2]) Siehe oben Nr. VIII.

fälscht ist. Darum heißt es also[1]): „Si *certus sum, non esse falsum* testamentum, vel *irritum*, vel *ruptum* licet dicatur esse, possum adire hereditatem.“ Hierin ist aber schon gegeben, daß er, weil er ja das Willensverhältnis wissen muß, das zwischen der Willenssubjektivität des Testators und der seinigen besteht, er auch wissen muß, ob diejenige des Testators nicht schon in einer anderen, von ihm nicht negierten (exheredierten) Willenssubjektivität, d. h. in einem suus, unmittelbar vorhanden und kontinuiert ist. Denn in diesem Falle würde der Testator, indem er diese seiende Willensidentität nicht aufhob (Nr. XXIV), unmittelbar in dieser und als diese noch fortexistieren und sie somit keineswegs auf einen Fremden übertragen haben. Der durch den suus ausgefüllte und nicht von ihm gereinigte Platz macht, solange ihn der Testator nicht von da ausgetrieben hat, es diesem unmöglich, ihn anders besetzen zu wollen. Denn solange er den suus nicht ausgetrieben hat, ist sein Wille: der suus, und existiert als dieser weiter unmittelbar fort.

Wenn also der Testator einen etwaigen postumus nicht exherediert hat, so muß der Erbe mehr wissen, als der Testator selbst gewußt hat; er muß wissen, ob ein solcher suus postumus im Keime da ist oder nicht. Da es sich hier nicht um Billigkeit oder praktische Rücksichten, sondern schlechterdings um nichts als die unerbittliche Konsequenz des spekulativen Begriffes handelt, so hilft dem Erben nichts, er muß wissen, was er eigentlich schlechterdings gar nicht wissen kann; er muß besser als die Frau des Toten, die sich für schwanger ausgibt oder selbst dafür hält, wissen, ob sie schwanger

[1]) Ulpian, L. 30, § 8 eod. tit.; vgl. L. 17 pr. eod. tit.

ist oder nicht; er muß wissen, daß sie es nicht ist, um wirksam antreten zu können: „Quod dicitur: «Proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est, aut putatur esse, adire hereditatem non potest, *sed si scit non esse praegnantem potest»* accipe: proximus a ventre qui suum heredem pariturus est[1])." Ja, wenn das Weib selbst sich nicht für schwanger hält, Hebammen aber es behaupten, so muß er es besser wissen als diese[2]). Wissen heißt aber Gewißheit des Wahren, Objektiven[3]). Es nützt ihm also auch nichts, sie für nicht schwanger zu halten, wenn sich später herausstellt, daß sie es wirklich gewesen. Und auch aller äußere Erfolg in der bloß faktischen Wirklichkeit hilft dem Erben nichts. Denn wenn die Frau dann abortiert und der suus somit gar nicht geboren wird, so war die Adition, obgleich jetzt kein äußeres Hindernis (in einer anderen Person) existiert, dennoch unnütz. Denn zur Zeit, als er in die Willenssubjektivität des Toten eintreten wollte, konnte er dies nicht. Sie war durch jene embryonische Persönlichkeit damals okkupiert und ausgefüllt gewesen.

---

[1]) Ulpian, L. 30, § 1 eod. tit.; vgl. § 2 das.: „Sive igitur *putem,* sive sit re vera praegnans . . . adire hereditatem non possum, quoniam in eo est ut rumpatur testamentum, nisi si proponas ventrem institutum vel exheredatum." — Es bezieht sich dies, wie Ulpian daselbst auch weiter sagt, auch auf den Intestaterben. Und nach dem schon sub Nr. XXII Gesagten wird dies von selbst klar sein, da das Intestatgesetz eben nur den in Ermangelung ausdrücklicher Darlegung subsidiarisch-ergänzten Willen des Erblassers darstellt.

[2]) Ulpian, l. l., § 3: „. . . Quid ergo, si ipsa non dicat sed neget, alii dicant, praegnantem esse? Adhuc adiri hereditas non potest, finge obstetrices dicere."

[3]) Ulpian, l. l., § 4: „Toties igitur ei sua praesumtio proficit, quoties concurrit cum veritate."

Die Identifikation des extraneus — diese Bedeutung des Aditionsaktes — hat also nicht stattgefunden, und die Adition ist wie nicht gewesen[1]): „Quid ergo, si praegnans fuit, quum putaret heres, non esse praegnantem, et adiit, *mox abortum factum est?* Procul dubio *nihil egerit*[2])." Einen einzigen Erben aber gibt es, der, so befremdlich dies zunächst klingen muß, den suus als *postumus* schlägt. Wenn nämlich die Frau selbst zum Erben eingesetzt ist und mit einem postumus schwanger ist, so kann sie, trotzdem sie dies weiß, antreten und das Erbtum erwerben[3]): „Sed et si ipsa mulier heres instituta sit, quae se praegnantem fingit, adeundo acquiret hereditatem." Also nicht einmal die juristische Regel, daß der präterierte suus postumus den extraneus heres schlägt und das Testament bricht, ist allgemein gültig. Auch sie hat hier ihre Ausnahme. Allein diese ist eben nur eine Ausnahme von der juristischen Regel, nicht vom Begriff, der keine Ausnahme erleidet und sich vielmehr selbst sofort als die Tätigkeit erweist, welche jene Ausnahme an der Regel hervorgebracht hat. Der suus postumus ist zwar auch hier wie unter allen Umständen unmittelbar Identität mit dem toten Vater. Allein solange er im Leibe der Mutter ist, kann er auch gegen diese nicht als eine andere Willenspersönlichkeit als sie ausgegeben werden, ist vielmehr auch mit ihr in ungetrennter physischer und geistiger Identität.

---

[1]) Ulpian, l. l., § 4.

[2]) Von hier aus leuchtet nun ein, was Savigny, VIII, 455, nicht zu beseitigen vermag, und was auch von uns Bd. I, S. 705, Note 1, noch nicht erklärt werden konnte, warum auch das Testament, wenn der präterierte suus oder postumus vor dem Testator gestorben, nach Zivilrecht dennoch nichtig bleiben muß.

[3]) Das., § 5.

Da er keine andere Willensperson ist als sie, hindert er sie nicht an der Adition, kann auch nicht das Testament des Erblassers infizieren und dessen Willen fehlerhaft machen. Denn freilich konnte der Erblasser, da er nicht exheredierte, keinen anderen einsetzen als den suus. Allein solange dieser im Leibe der Mutter ist, hat er auch keinen anderen eingesetzt, indem er diese Mutter einsetzte; es ist, wegen jener untrennbaren physisch-geistigen Identität, vermöge welcher sie für das Kind in ihrem Leibe noch ißt und trinkt und will, ganz so, als habe er den suus eingesetzt. Konnte auch der Testator wegen seiner unmittelbaren Willensidentität mit dem suus, ohne zu exheredieren, sich mit einer anderen Willenssubjektivität als diesem nicht einmal identifizieren wollen, so konnte er doch sich mit jemand identifizieren, der mit dem suus ebenso unmittelbar identisch ist, wie er es seinerseits mit ihm ist; er konnte doch die eigene Willenssubjektivität des suus einsetzen — und dies ist eben noch die Mutter. Oder mit anderen Worten: Solange sie den suus noch in ihrem Leibe trägt, hat sie um der Naturwahrheit willen dieselbe väterliche Gewalt über ihn und dasselbe Verhältnis zu ihm, wie der römische Vater[1]).

Warum fährt aber Ulpian nach den letztbezogenen Worten fort: „per contrarium *non* acquiret, si se *putet* praegnantem, quum *non* sit". Wenn die zum Erben eingesetzte Frau sich für schwanger hält und antritt, und hinterher ihre Schwangerschaft sich als ein Irrtum herausstellt, soll ihre Adition unwirksam sein. Wer erklärt das?

---

[1]) Sie wird sich aber eilen müssen mit der Adition; denn wenn sie erst nach ihrer Niederkunft antreten will, so wird sie es nicht mehr können, da nun eben der suus ein anderer geworden ist, als sie.

Wie kann gerade das Nichtdasein des suus, der doch jedenfalls für ihr Erbrecht nur ein relatives Hindernis war, ihre Adition vernichten? Wie kann das, was ihr Recht vielmehr zu einem einfachen und unzweifelhaften macht, die Erwerbung hindern? Wie kann also ihre Adition unwirksam sein, wenn sie nicht schwanger ist, da sie sogar, falls sie wirklich schwanger war, wirksam gewesen wäre, und durch ihre Nichtschwangerschaft ihr Recht als eingesetzte Erbin doch jedenfalls nur um soviel verstärkt wird? Wie kann also gerade das zum Hindernis werden, daß sich herausstellt, ein vermutetes relatives Hindernis finde nicht statt? Und freilich wäre es ganz unmöglich, hierfür wie für so vieles andere auch nur eine Scheinerklärung vom Standpunkt der bisherigen Auffassung des Erbrechtes als eines Instituts, das in seinem Prinzip eine Vermögenssukzession sei, finden zu wollen. Ist aber erst der spekulative Erbtumsbegriff gegeben, so erklärt sich auch diese so paradox scheinende Entscheidung als eine ebenso selbstredende wie notwendige Folge seiner transszendenten Innerlichkeit. Die Frau ist zum Erben eingesetzt. Ihr ist also vom Erblasser die Identität mit seiner Willenssubjektivität übertragen. Allein direkt kann sie diese nicht auf sich nehmen, denn dieselbe ist bereits okkupiert durch die unmittelbare Identität des Erblassers mit dem präterierten suus. Allein dieser suus ist noch in ihrem Leibe, und daher ebenso unmittelbare Identität mit ihr. Die Frau setzt sich daher in die angetragene Willensidentität mit dem Erblasser, nicht direkt, wie sonst bei der Adition, sondern dadurch, daß sie unmittelbar identisch mit dem *suus* ist, der seinerseits die unmittelbare Identität mit dem Testator bildet. Die Frau schließt sich also in der Weise eines

Schlusses zur Identität der Willenspersönlichkeit mit dem Testator zusammen, und dieser Schluß geht durch den suus hindurch, ist durch ihn vermittelt. Erweist sich also hinterher der Schluß als fehlerhaft, ist das Mittelglied gar nicht existent gewesen, so ist der Schluß eben auch nicht zustande gekommen, und Erblasser und Erbin sind also nicht zusammengeschlossen, die geistige Willensidentifizierung, da sie sich innerlich durch das Bindeglied der Identität mit dem nicht vorhandenen suus vermitteln wollte, ist gar nicht hergestellt. Die Adition ist also wirkungslos, und es muß resp. eine neue stattfinden, bei welcher die Frau, indem sie sich jetzt als nichtschwanger weiß, auch weiß, daß sie sich jetzt direkt mit dem Testator identifiziert. Es bestätigt aber dieser Fall der in ihrer Einbildung schwangeren, zur Erbin eingesetzten Frau wieder die absolute Richtigkeit dessen auf das evidenteste, was wir oben als den begrifflichen Umfang des notwendigen Wissens aus dem Erbtumsbegriff selbst hergeleitet und als das innere Gesetz der Sache aufgestellt haben, daß der Erbe die Willensbeziehung wissen muß, die zwischen der Willenssubjektivität des Erblassers und der seinigen besteht.

Muß also der Erbe, wie wir schon bisher an so vielen Punkten gesehen haben, weil er dieses Willensverhältnis wissen muß, das der Testator zu ihm hat, um es als Willen des Testators zu seinem eigenen Willen machen zu können, — muß er deshalb alles wissen, was die qualitative Willensbestimmtheit des Testators angeht; muß er deshalb sogar wissen, daß der Testator die formellen Bestimmungen in seinem Testament beobachtet hat (testamentum non irritum), weil diese Formen von qualitativer Einwirkung auf das Dasein des testierenden Willens sind; muß er deshalb selbst ihm

absolut fremde und fast nicht wißbare Umstände der objektiven Außenwelt wissen, wenn sie auf jenes Verhältnis influenzieren, wie z. B. daß die sich für schwanger haltende Frau es nicht ist: so hat er dagegen nicht nötig, irgend etwas von dem zu wissen, wie leicht wißbar es für ihn auch sei, was für den spekulativen Erbbegriff, die Willensidentität, gleichgültig ist, in einer wie nahen äußeren Berührung es auch mit ihm stünde. Nichts also von alledem, was von keiner qualitativen Einwirkung auf den Willen des Erblassers ist, sondern nur quantitative Bedeutung in demselben hat. Er braucht also nicht zu wissen, für welche Quote ihn der Erblasser zum Erben eingesetzt hat[1]): „Si quis partem ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, *nihil ei nocere,* quominus pro herede gereret, quod et Cassius probat etc.“ Und dies ist notwendig. Denn diese quantitative Vermögensbestimmung, die in der Quotenfixierung stattfindet, ist, wie wir oben (Nr. XXXII) gesehen haben und wie sich hier bestätigt, dem spekulativen Erbbegriff selbst ganz gleichgültig und äußerlich. Da jeder Erbe, für eine wie immer kleine Quote er auch eingesetzt sein mag, immer Identität mit der ganzen Willenssubjektivität des Erblassers darstellt, so wird das Willensverhältnis, in dem der Erblasser zum Erben steht, durch die Größe der Quote nicht im geringsten berührt, und so braucht sie auch nicht gewußt zu werden. In dieser Gleichgültigkeit der Vermögensquote für das Wissen zeigt sich von neuem das Vermögen selbst als das dem Erbbegriff andere und ihm Äußerliche.

Hieraus ergibt sich nun sofort eine sehr interessante

---

[1]) Ulpian, L. 21, § 2 eod. tit.

Folgerung in bezug auf den oben betrachteten Fall des schwangeren Leibes. Zuerst diese, daß der suus postumus (wie der suus überhaupt) nur auf irgendeine Quote eingesetzt zu werden braucht, wie klein sie auch sei. Denn die Größe der Quote, als das für den Erbbegriff überhaupt Gleichgültige und Äußerliche, ist deswegen auch für seinen Erbbegriff gleichgültig. Wie klein die Quote auch sei, er ist immerhin durch die Einsetzung als unmittelbare Willensidentität anerkannt worden und brauchte also nicht exherediert zu werden. Der Testator wird daher, nachdem er ihn zum Erben überhaupt aus einer wie immer kleinen Quote gemacht hat[1]), neben ihm noch einen extraneus einsetzen können[2]), ganz so wie er überhaupt mehrere Erben ernennen kann. Wenn nun ein postumus mit einem extraneus zusammen vom Testator eingesetzt ist, und es zeigt sich nach dessen Tode, daß keine Schwangerschaft vorliegt, so akkresziert jetzt dem extraneus die andere, dem vermuteten postumus übertragene Vermögensquote im strikten Gegensatze zu dem vorhin Erörterten, auch ohne daß er weiß, daß die Frau nicht schwanger ist. Und unsere gesamte Entwickelung muß die Notwendigkeit hiervon bereits evident gemacht haben. Denn wenn der extraneus neben dem postumus eingesetzt ist, so ändert es sein Verhältnis zur Willenssubjektivität des Erblassers

---

[1]) Nur präteriert darf er nicht werden, worin sich wieder zeigt, daß es ein begriffliches Verhältnis und nicht ein Vermögensanrecht ist, welches das Erbrecht des suus bildet.

[2]) Wäre das Erbrecht in seinem Prinzip eine Vermögenssukzession, so würde also hier wieder die unbegreifliche Inkonsequenz vorliegen, daß das Recht des präterierten suus — denn dieser nimmt alles — größer ist als das des eingesetzten.

nicht im geringsten, ob ein postumus da sei oder nicht. Er bleibt in dem einen wie in dem anderen Falle Erbe, Willensidentität mit dem Erblasser. Da also in diesem Falle das Dasein oder Nichtdasein eines postumus nicht auf sein begriffliches Verhältnis zum Erblasser influenziert, so fällt es hier auch nicht in den erforderlichen Umfang seines Wissens hinein, daß die Frau nicht schwanger ist, und er muß den Vermögensanteil des suus ohne dieses Wissen erwerben. Darum heißt es also[1]: „Heredi cum postumo instituto reliquae partes accrescunt, quae postumo datae sunt, si certum sit, non esse praegnantem, *licet heres ignoret.*" Indem aber der Jurist so anerkennt, daß der Erbe auch ohne Wissen den Vermögensanteil des postumus erwirbt, bekundet er selbst aufs positivste, daß das Wissen im Erbrecht nicht für den erbrechtlichen Vermögenserwerb erforderlich ist, resp. also überhaupt nicht erforderlich wäre, wenn das Erbrecht, wie es bisher stets aufgefaßt wurde, eine Sukzession in das Vermögensrecht wäre, sondern nur durch jenen spekulativen Begriff des Erbtums, durch jenen transszendenten Begriff der Willensidentität gefordert wird, welcher, in diesen wie in allen Teilen des Erbrechtes stets übersehen, dennoch überall das einzige reale Fundament und die alleinige lebendige Seele desselben bildet[2]).

---

[1]) Paulus, L. 31 eod. tit.

[2]) Ja noch mehr, der Erbe, d. h. der es einmal ist, also die wirksame Adition hinter sich hat, erwirbt bloße ihm bis dahin nicht gehörige Vermögensteile nicht nur ohne sein Wissen, sondern sogar noch nach seinem Tode, wo er also gar kein Willenssubjekt mehr ist. Wenn nämlich jemand pro parte unbedingt, und pro parte unter einer objektiven Be-

Wenn aber der Erbe nichts von der Größe seiner Quote als der seinem begrifflichen Verhältnis gleichgültigen, nur quantitativen Vermögensäußerlichkeit zu wissen braucht, so muß er dagegen wieder sehr genau wissen, ob er unter einer Bedingung eingesetzt ist, und unter welcher. Denn die Bedingung stellt wieder eine qualitative Bestimmtheit und Modalität des Willens des Erblassers dar und muß deshalb gewußt werden. Der unbedingt eingesetzte Erbe wird also nicht antreten können, wenn er ungewiß darüber ist, ob er unbedingt oder bedingt eingesetzt sei. Der bedingt Eingesetzte wird nicht antreten können, wenn er sich zwar als bedingt Eingesetzten überhaupt weiß, aber die bestimmte Bedingung nicht kennt, unter der er ein-

---

dingung eingesetzt ist und, nachdem er aus der unbedingten Einsetzung antrat, stirbt, jene Bedingung aber nach seinem Tode in Erfüllung geht, so gilt jetzt die bedingte Quote als ihm gehörig, und geht auf seinen Erben über. Es ist Gajus, der uns diesen sehr interessanten Fall setzt, L. 53 eod. tit.: „Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit, *posteaque* conditio extiterit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet." Es ist genau zu betrachten, was hierin enthalten ist. Der Erbe des Erben ist es nicht, der den Teil erwirbt; denn der Erbe transmittiert nicht nach römischem Rechte, es gehen also nicht-erworbene Rechte auf seinen Erben nicht über, oder: der Erbe des Erben erbt nicht. Aber auch der erste Erbe kann jetzt, als tot, keinen Vermögenserwerb mehr machen, ebenso wie er auch jetzt nicht mehr eine Erbschaft zu erwerben fähig wäre. Allein Erbe ist er einmal aus der pura institutio von früher her. Und als Erbe ist er im allgemeinen und schlechthin der Darsteller der erblasserischen Willenssubjektivität, ist es also auch für den Vermögensteil, in bezug auf den er es nur bedingt sein soll, eo ipso wie die Bedingung objektiv eintrifft. Allein hierzu müßte

gesetzt ist; ja, wenn diese Bedingung eine ihm gestellte Willensbedingung ist (conditio in arbitrium collocata) und er dieselbe, ohne sie zu kennen, erfüllt hat, muß seine Adition nichtsdestoweniger wirkungslos bleiben. Denn die unwissentliche Erfüllung kann ihm in keiner Weise helfen, da er sie dann nicht als den erblasserischen Willen, sondern nur zufällig, und somit als ein diesem fremder Wille erfüllt hat, diese rein äußerliche Erfüllung daher nicht den Sinn und somit auch nicht die Kraft in sich trug, die von dem Erblasser an diese Aufgabe geknüpfte Willensidentität mit ihm hervorzubringen.

Und so heißt es denn bei Ulpian, alle diese Folgerungen des Begriffes bestätigend[1]: „Sed et si scit, se heredem

---

er noch leben, denn wie kann er, selbst tot, als noch vorhandene Fortexistenz des erblasserischen Willens ausgegeben werden? Allein hier gerade zeigt sich recht sinnlich, wie, was wir oft hervorgehoben, durch das Erbtum nicht die Fortdauer der erblasserischen Willenssubjektivität um eine gewisse Zeit, ein Menschenleben, verlängert, sondern in alle Ewigkeit hinein zur wahrhaften Unsterblichkeit perpetuiert wird (vgl. Nr. I und II). Wäre der Erbe nur unter einer Bedingung eingesetzt, so kann er die Erbschaft, wenn er vor Eintritt der Bedingung stirbt, nicht erwerben. Aber als auch pure eingesetzt, ist er nach seiner Antretung einmal das Dasein des erblasserischen Willens, und als Person ist er jetzt zwar tot, als Fortexistenz des erblasserischen Willens aber ist er es nicht. Denn er hat seinerseits einen Erben, und war er erst durch wirkliche Antretung zum Träger der erblasserischen Willenssubjektivität geworden, so hat er nun dieselbe durch sich hindurch in seinen Erben hineinkontinuiert, so daß er, der erste Erbe, als Fortdauer des ersten Erblassers, noch im zweiten Erben vorhanden ist und *in ihm* erwirbt, und so weiter in alle Ewigkeit.

[1]) L. 32, § 1, eod. tit.

institutum, sed utrum *pure* an *sub conditione* ignoret, *non* poterit adire hereditatem, licet *pure* heres institutus sit, et *sub conditione*, licet *paruerit*[1]) *conditioni*."

Wiederum aber, wenn der Testator den Erben unter einer nicht von dessen Willen abhängigen Bedingung der objektiven Außenwelt[2]) eingesetzt hat, so wird er zwar nach dem Vorigen nicht antreten können, solange er den Inhalt der Bedingung nicht weiß; er wird natürlich auch, diesen wissend, nicht antreten können, solange die Bedingung nicht objektiv eingetroffen ist. Aber falls er nur die Bedingung und ihren Inhalt weiß, und diese eingetroffen ist, so wird, wenn der spekulative Begriff sich bis in seine strengsten und feinsten Konsequenzen hinein als das Gesetz der Sache bewähren soll, seine Adition auch dann wirksam sein, wenn er auch das objektive Eingetroffensein der Bedingung nicht weiß. Denn das Eintreffen der Bedingung gehört nicht zu dem Willensinhalt des Testators. Der Testator hat nicht gewollt, daß die Bedingung eintreffe. Hätte er dies gewollt, so hätte er eine von der Willensfreiheit des Erben abhängige Bedingung wählen müssen. Er hat bloß gewollt, daß, wenn die Bedingung einträfe, jener der Erbe, und wenn nicht, es nicht sei. Aber ob die Bedingung eintreffen solle oder nicht, dies hat der Testator, als ein von seiner Willensfreiheit nicht abhängiges Verhältnis, rein in die objektive Außenwelt gesetzt und dieser überlassen. Also nur der Inhalt der Bedingung, nicht aber das Eintreffen derselben gehört zum Willens-

[1]) Durch diesen Ausdruck ergibt sich also von selbst, daß hier eine Willensbedingung gemeint ist.

[2]) Die Bedingung: ut quid obtingat, L. 60 pr. de condit. (35, 1).

inhalt des Erblassers. Weil also das Eingetroffensein oder Nicht der Bedingung nicht in den Willensumfang des Erblassers gehört, so gehört es nach dem von uns entwickelten Begriff auch nicht in den Wissensumfang des Erben. Das Dasein und der Inhalt der Bedingung muß von diesem gewußt werden, denn sie bilden den Willensinhalt des Testators. Aber das Eingetroffensein der Bedingung braucht nicht von ihm gewußt zu werden, denn es ist bloße Tatsächlichkeit, bloße Sache der dem Willen des Erblassers fremden äußeren Wirklichkeit als solcher, und darum muß auch das bloß objektive Eintreffen derselben genügen. Und so muß denn Ulpian an einer schon oben bezogenen Stelle fortfahren[1]: „... quod et Cassius probat (nämlich, daß der Erbe antreten könne), si *conditionem*, sub qua heres institutus est, *non ignorat*, si tamen *exstitit* conditio, sub qua institutus est. *Quid tamen si ignorat conditionem exstitisse?* Puto, *posse* adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit[2]." Der Vergleich, der in den letzten Worten liegt, ist ein sehr richtig zutreffen-

[1]) L. 21, § 2 eod. tit.; siehe oben S. 425.

[2]) Die Repudiation des coheres, dem ein anderer Quotenerbe substituiert ist, stellt gleichfalls eine Bedingung für diesen dar, aber nicht eine Bedingung für die Erwerbung des Erbcharakters, den er als heres ex parte bereits besitzt, sondern nur eine für die Erwerbung des jenem coheres übertragenen Vermögensteiles. Das Vermögen also erwirbt er, ohne die dafür gestellte Bedingung zu wissen. Dasselbe zeigt sich in der L. 53 (s. oben S. 427, Note 2); denn da der Erbe die bedingte pars auch nach seinem Tode erwirbt, so wird er sie ebenso erwerben müssen, wenn er auch den Inhalt der Bedingung, und daß er überhaupt auch noch für diese pars bedingt eingesetzt war, gar nicht gewußt hat.

der. Denn auch ob der eingesetzte Miterbe annehmen oder ausschlagen wird, hängt nicht vom Willen des Erblassers noch des heres substitutus ab, gehört diesem gegenüber gleichfalls nicht zum Willensinhalt des Erblassers, sondern ist nur ein Faktum der objektiven Außenwelt, das deshalb nicht in seinen notwendigen Wissensumfang hineingehört, um seine Adition wirksam zu machen.

Hieraus ergibt sich nun aber eine sehr interessante spekulative Konsequenz, diese nämlich, daß unter Umständen, so paradox dies scheint, zwei Irrtümer sich werden aufheben, der zweite den ersten unschädlich machen können.

Wenn nämlich der unbedingt eingesetzte Erbe irrig sich für einen bedingten hält, und wenn er nun auch noch zweitens irrtümlich glaubt, daß diese vom Testator gar nicht hinzugefügte, an ein objektives Ereignis geknüpfte Bedingung in Erfüllung gegangen sei, so wird dieser zweite Irrtum den ersten aufheben, und der Erbe wird wirksam antreten können. Die Notwendigkeit hiervon ergibt sich durch Folgendes.

Die Bedingung, an die der Erbe glaubt, war zunächst als gar nicht vom Erblasser gestellt, auch keine qualifizierende Bestimmtheit in dem Willen desselben. Allein da der Erbe dies glaubt, so ist sie für ihn eine solche qualitative Bestimmtheit des erblasserischen Willens, und diese Ungleichheit, wie der Wille im Erblasser, und wie er für den Erben ist, hindert die geistige Identifizierung und somit die Adition. Allein auch für den Erben stellte die geglaubte Bedingung nur so lange eine qualifizierende Bestimmtheit des erblasserischen Willens dar, solange er sie als nicht in Erfüllung gegangen annimmt. Denn nur solange sie dies nicht ist, hält die Bedingung den Willen in suspenso und macht,

für den Erben, ihren Inhalt zur entscheidenden und qualitativen Bestimmtheit des erblasserischen Willens. Sowie aber der Erbe sie als eine in Erfüllung gegangene annimmt, ist sie auch für ihn nicht mehr eine bestimmende Qualität des erblasserischen Willens. Denn gerade durch das Eingetretensein der Bedingung ist jener Wille auch für den Erben jetzt nicht länger ein bedingter, sondern auch für ihn zu einem nunmehr unbedingten geworden. Jetzt, da er die Bedingung als eingetroffen annimmt, nimmt auch der Erbe den Willen des Erblassers, ihn zum Erben zu haben, als einen absoluten und entschiedenen an. Oder mit anderen Worten: Indem die Bedingung nach der Unterstellung des Erben eintrat, hat sie gerade dadurch aufgehört, eine spannende und bedingende Bestimmtheit des erblasserischen Willens zu sein und ist jetzt nur als das hinter diesem Willen Liegende vorhanden, wodurch sich derselbe vermittelt hat; d. h. sie ist zu einem gleichgültigen Motiv herabgesunken, denn das Motiv ist eben dies, wodurch sich der Wille vermittelt. Die Motive des erblasserischen Willens braucht aber der Erbe nicht zu wissen, denn sie liegen eben hinter dem Willen und seiner Entscheidung, sondern nur seine entscheidende Bestimmtheit[1]). Durch den zweiten

[1]) Weshalb der Erblasser den Erben zum Erben will, d. h. mit sich identisch setzt, ist natürlich gleichgültig, wobei jedoch die begriffliche Grenze nicht zu übersehen ist, die sub Nr. XXXVI aufgezeigt werden wird. — Die Gleichgültigkeit dessen, wodurch sich der Wille vermittelt, für das Dasein des Willens, spricht sich auch in einer Stelle des Paulus in bezug auf das Wissen der Willensfähigkeit des Erblassers aus L. 33 eod. tit.: „Quodsi dubitet, apud hostes decessit, an civis Romanus, quoniam *utroque casu* est jus adeundi et in re est, ut possit adire, dicendum est, posse adire." Da der Erblasser

Irrtum gerät also die Sache in die Lage, daß sich der Erbe nicht mehr über die qualitative Bestimmtheit des erblasserischen Willens irrt, sondern nur falsche Motive, durch welche er sich vermittelt habe, in diesen hineinträgt. Indem der Erbe jetzt durch die Vermittelung dieses zweiten Irrtums gleichfalls davon innerlich gewiß und durchdrungen ist, daß der Erblasser ihn mit peremtorischer und frageloser, unbedingter Bestimmtheit zum Erben will, ist hierdurch jetzt Gleichheit des Willens vorhanden, wie er im Erblasser, und wie er für den Erben ist, und die Willensidentifikation beider kann daher statthaben.

Ist dies aber der Fall, so muß dasselbe offenbar auch der Fall sein, wenn die vom Erben irrtümlich angenommene Bedingung eine in eine Willenshandlung desselben gestellte ist, und der Erbe, indem er dieser angeblichen Bedingung nachkam, sich dadurch gleichfalls das Bewußtsein erzeugte, daß der Wille des Erblassers jetzt in unbedingter und absoluter Weise auf die Identität mit ihm gerichtet ist. Und so muß es denn in genauester Bestätigung alles Vorigen heißen[1]: „Sed et si, quum esset *pure* institutus, *putavit* sub conditione, et *impleta* conditione quam injectam putavit, adiit, an possit acquirere hereditatem? *Consequens* est dicere, *posse* eam adire, *maxime quum haec suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit.* Facilius quis admittet, si quis *pure* institutus *putavit,* se sub conditione institutum, *conditionem-*

hier nach Zivilrecht, dort nach der lex Cornelia willensfähig ist, so ist es gleich, durch welche tatsächliche Situation — sein Tod beim Feinde, oder seine Rückkehr — sich das Dasein eines Erbwillens beim Erblasser für das Wissen des Erben vermittelt.

[1]) Ulpian, L. 34, § 1, eod. tit.

que impletam quam *in eventum putabat;* nam in nullo haec suspicio obfuit." Diese ungewissen und schwankenden Ausdrücke des Juristen *maxime* quum *haec suspicio* nihil ei *obfuerit,* nec *periculum* attulerit, in denen gleichwohl der spekulative Begriff innerlich erzittert, ohne ihm zum theoretischen Bewußtsein zu kommen, werden nach dem Vorangeschickten nun vollkommen deutlich sein. Denn was ist das für eine suspicio, von der Ulpian spricht, und die ihm hier nicht schaden soll? Was ist das für ein periculum, welches ihm hier nicht daraus entstehen soll? Es ist der Verdacht gegen sich selbst, wegen der hinzugedachten Bedingung nicht unbedingt identisch mit dem Erblasser zu sein; es ist die Gefahr des Erben, durch dieses Hinzudenken die wahrhafte Willensbeziehung, die der Erblasser zu ihm hat, und die geistige Identität mit demselben in seinem Bewußtsein zu verfehlen. Aber diese Gefahr trifft hier nicht, und dieser Verdacht an der eigenen inneren Identität beseitigt sich durch die Annahme des Erfülltseins der Bedingung, resp. durch ihre Erfüllung, indem nunmehr diese Identität auch für den Erben zur innersten Gewißheit geworden ist.

Wenn aber der Erbe, wie wir sagten und nun bereits durch die Aufrollung aller dieser Unterschiede als das begriffliche und unverletzliche Gesetz der Sache nachgewiesen haben, um die in der Adition liegende Willensidentifikation vornehmen zu können, zuvor die geistige Willensbeziehung wissen muß, die zwischen dem Erblasser und ihm besteht, so wird er, wenn sich der Begriff absolut bewähren soll, nicht nur das zum Willen des Testators Gehörige, sondern auch das seine eigene Willenssubjektivität Betreffende, insoweit dadurch die zwischen ihm und dem Erb-

lasser bestehende Willensbeziehung beeinflußt wird, notwendig zu wissen haben. Wir zeigten oben, daß der Erbe über seine eigene Kondition ungewiß sein kann, indem er nicht zu wissen braucht, ob er filiusfamilias oder sui juris ist. Aber dies ist eine Eigenschaft, die ihn nur für sich allein betrifft und die zwischen dem Erblasser und ihm bestehende Willensbeziehung nicht berührt.

Ob er aber der eigene (in der Gewalt stehende) Sohn, oder der eigene Sklave des Testators selbst, ob er also *necassarius* heres oder voluntarius ist, das muß er wissen, um antreten zu können, weil hierdurch eben das zwischen dem Erblasser und ihm bestehende Willensverhältnis qualifiziert wird. Und so sagt uns Ulpian, Schritt für Schritt alle Folgerungen des spekulativen Begriffes belegend[1]: „Is qui se putat necessarium, quum sit voluntarius, non poterit repudiare; nam plus est in opinione, quam in veritate." Und unmittelbar darauf[2]: „Et e contrario qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest."

Und warum kann die Adition des freiwilligen Erben, welcher sich für einen necessarius hält, nicht wirksam sein?

Weil dieser, indem er sich innerlich für einen notwendigen Erben, für bereits identisch mit dem Erblasser hielt, nicht den entscheidenden inneren Willensakt vollziehen konnte, sich durch seinen freien Willen zur Identität mit der Willenssubjektivität des Erblassers zu bestimmen. Diese Selbstidentifikation seiner mit jenem wurzelt beim extraneus nur in der Willensfreiheit, ist lediglich das Produkt seiner höchsten eigenen

---

1) L. 15 eod. tit.
2) L. 16 eod. tit.

Spontaneität, und kann daher ohne das Bewußtsein über das Freiwillige dieses eigenen Setzens gar nicht hervorgebracht werden. Hält er sich für gezwungen, so findet ein Zwang statt, wenn auch nur ein geglaubter, i. e. geistiger, der es aber eben darum zu einer geistigen Identität aus freier Willensvollbringung nicht mehr kommen läßt. Hält er sich für bereits unmittelbar identisch, so kann er die Identifikation nicht mehr erst bewerkstelligen wollen. Die Identität ist also gar nicht vollbracht, nicht als unmittelbare; denn so ist sie objektiv nicht vorhanden; nicht als frei durch den Willen vollzogene, denn hierzu fehlt eben die Anstrengung des Willens, sich frei durch eigene freie Entschließung mit einer fremden Willenssubjektivität identisch zu setzen. Die geistige Energie, diese Fremdheit selbständiger Willen gegeneinander aufheben zu wollen, erzittert nicht in dieser Adition, und darum bewirkt sie auch nicht die tatsächliche Aufhebung dieser Fremdheit und die Herstellung dessen, was hergestellt werden soll, sondern läßt nach wie vor Erblasser und Erben als andere gegeneinander bestehen. Die Adition ist daher hier nur Schein oder Simulation, nicht die äußere Darlegung der innerlichen Vollziehung der Identifikation. Ebenso natürlich, wenn der freiwillige Erbe sich für einen notwendigen hält und nun dennoch repudiert. Wäre die Erbschaft ein Vermögensrecht und eine Sukzession in ein solches, so hätte er dasselbe, da er repudiieren kann und repudiiert hat, und ebenso unleugbar hierin gezeigt hat, daß er es repudiieren will, gewiß und ohne allen Zweifel wirksam von sich gewiesen, und man hat sich die Sache sehr leicht gemacht, wenn man bei der bisherigen Auffassung des Erbtums hierüber als ein ganz Selbstredendes fortgeblickt

hat. Der bloße Rechtsirrtum über das *jus suum* würde den Akt nicht ungültig machen[1]). Aber es handelt sich hier nicht um Vornahme oder Ausschlagung eines Vermögenserwerbes, sondern um die geistige Identität zwischen Erben und Erblasser. Und da diese der Erbe in seinem Geiste für eine schon unmittelbar und notwendig gegebene hält, so hat für ihn und in seinem Geiste der äußerliche Repudiationsakt auch nicht die Kraft, die geistige Identität aufzuheben. Wie im vorigen Fall die Adition nicht die Kraft hatte, die geistige Identität herzustellen, so hat hier die Repudiation nicht diejenige, sie zu negieren. Denn in dem äußeren Negationsakt weiß sie der Erbe nichtsdestoweniger als vorhanden. Ja, sie kann und soll diese Kraft nicht einmal haben. Denn was genau genommen durch die Repudiation des voluntarius negiert wird, ist nicht die Identität selbst, sondern die Herstellung der Identität, die ja beim voluntarius noch nicht vorhanden. Die Herstellung der Identität kann aber verneint werden, ohne die Identität selbst zu verneinen, da eine schon seiende nicht mehr erst hergestellt zu werden braucht, und der Erbe also für sich selbst nichts tut als ein acta agere ausschlagen. Somit hat also seine Repudiation auch nicht die Kraft, die Identität zurückzuweisen.

Wie kommt es aber, daß uns hier Ulpian sogar die allgemeine Maxime aufstellen kann „nam plus est in opinione, quam in veritate", während wir anderwärts von Paulus, und zwar wo es sich gleichfalls um Wissen und

---

[1]) Vgl. oben Bd. I, S. 199, Note 1, und speziell im Erbrecht das Reskript des Gordianus, L. 2 C. de ignor. jur. et facti (1, 18).

Irrtum handelte[1]), den direkt umgekehrten Satz gehört haben: plus est in re, quam in existimatione mentis? Bereits muß sich aber dieser scheinbare Widerspruch in völligen Akkord aufgelöst haben. Denn da das Erbtum, wie wir von allen Seiten gesehen haben, nur das rein geistige Verhältnis der Willensidentität, also ein im Geiste stattfindendes Verhältnis ist, so ist hier gerade die *existimatio mentis* die objektive Sache, die res selbst, also die Wirklichkeit dieses Verhältnisses gar nicht vorhanden ohne die entsprechende existimatio mentis. Darum muß sich im Erbrecht der Satz des Paulus umkehren, und Ulpian hat also ebenso recht mit seinem Satze fürs Erbtum, als Paulus mit dem seinigen für Wissen und Irrtum im allgemeinen in anderen Gebieten.

Wir haben also gesehen, daß der Umfang des Wissens, das zur wirksamen Adition für den Erben erforderlich ist, kein anderer ist als der aus dem spekulativen Begriff mit Notwendigkeit fließende: die Willensbeziehung zu kennen, die zwischen dem Erblasser und ihm besteht, und daß in der Tat dieses begriffliche Prinzip es ist, welches, durch die feinste Mikrologie der Fälle und Unterscheidungen hindurch von den römischen Juristen überall festgehalten, sie bestimmen läßt, was vom Erben gewußt werden muß und was nicht[2]).

---

[1]) Siehe oben Bd. I, S. 201, Note 1.

[2]) Für die Juristen mußte es wegen der Nichterfassung des spekulativen Erbtumsbegriffes auch unmöglich sein, eine richtige Definition dessen zu geben, was für die Adition gewußt werden muß. So leidet schon die Definition, die Justinian für den erforderlichen Inhalt dieses Wissens gibt: „dummodo *sciat,* eum . . . *testatum intestatumve obiisse* et *se ei heredem esse*“ (Inst., § 7 de her. qual., 2, 19), Schiffbruch, und zwar schon gleich an dem letzten Fall des voluntarius, der sich für

Aber ebenso müssen aus dem, was schon bisher über die Notwendigkeit der inneren, geistigen Willensidentität zur Wirksamkeit der Adition gesagt worden ist, viele der wichtigsten, das Gebiet des Erbrechtes betreffenden Fragen und Institute, die bisher unvermeidlich und gänzlich mißverstanden werden mußten, ihr hellstes und durchsichtigstes Licht empfangen. Es ist weder möglich noch nötig, von hier aus auf alle sich daraus er-

---

einen necessarius hält. Der Erbe weiß hier sowohl, daß der Erblasser testatus gestorben, als daß er sein Erbe ist, und doch reicht dies Wissen nicht aus. Wenn aber von den Römern selbst das theoretische Bewußtsein über ihren eigenen Geistesinhalt nicht verlangt werden kann, so konnten die späteren Autoren aus demselben Grunde nicht glücklicher sein. Um anderer zu geschweigen, so definiert Donellus, der noch bis heute das Erbrecht am scharfsinnigsten von allen Autoren, und auch den hier in Rede stehenden Teil desselben relativ am eingehendsten behandelt hat, mit sichtlicher Bemühung, eine scharfe und umfassende Definition zu geben, diesen Wissensinhalt also, Lib. VII, c. V, p. 295: „Quapropter ita definimus: *quibus rebus efficitur,* ut nobis *delata sit* hereditas, etsi omnes concurrent, si tamen *de his aut de una aliqua* incertus sit aut dubitet heres, pariter eum hereditatem nec adire posse, nec repudiare." Es soll also erforderlich sein, alle jene Tatsachen zu wissen, durch welche die Delation bewirkt wird. Diese Definition aber zerschellt schon daran, daß es (s. Ulpian, oben S. 431) nicht nötig ist, als substitutus zu wissen, ob der heres ausgeschlagen, während doch erst durch diese Tatsache die Delation an den substitutus bewirkt wird, und eine frühere eventuelle Adition seinerseits unwirksam wäre. Auch daran zerschellt sie wieder, daß die eingesetzte Frau, wenn sie antritt, wissen muß, daß sie nicht schwanger sei (s. oben S. 422 fg.), obgleich nicht durch ihr Nichtschwangersein die Delation bewirkt wirkt, da sie auch als schwanger antreten kann usw.

klärende Teile des Erbrechtes einzugehen, da die Aufhellung derselben nach unseren gesamten bisherigen Erörterungen für den Denkenden nunmehr von selbst gegeben sein muß. Nur einige Exkursionen auf solche Fragen, die noch Schwierigkeiten darzubieten scheinen könnten, mögen hier ihre Stelle finden.

So erklärt sich erst jetzt die Stellung und Bedeutung der doli exceptio im Erbrecht. Ulpian sagt[1]: „Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere, *et ideo*

Savigny (System, III, 382) definitiv seinerseits: „Ist der berufene Erbe über die Art der Delation (aus letztem Willen oder gesetzlich usw.) im Irrtum, so ist seine ausdrückliche oder stillschweigende Antretung sowohl als seine Ausschlagung der Erbschaft ohne Wirkung." Diese Definition zerschellt — was auch noch gegen Donellus gilt — daran, daß die ohne Bedingung deferierte Erbschaft vom Erben für eine bedingte gehalten werden kann, wenn er die Bedingung für eingetroffen annimmt oder erfüllt hat (S. 431 fg.), während er doch durch die Erfüllung der ungewußten Bedingung die bedingte Erbschaft nicht erwirbt (S. 428). (Wollte man also auch, was ohnehin schwerlich zulässig, im Interesse der Savignyschen Definition behaupten, die Bedingtheit oder Unbedingtheit der Einsetzung ändere, mindestens wenn die Bedingung einmal erfüllt sei, die Art der Delation nicht, so würde die Definition doch wieder an dem zweiten Umstande scheitern, daß der Erbe bei der bedingten Einsetzung trotz, des objektiven Eintreffens oder der zufälligen Erfüllung der Bedingung, ohne das Wissen derselben nicht erwirbt, da er dann etwas nicht zur Art der Delation Gehörendes wissen müßte, um zu erwerben.) Sie zerschellt ferner daran, daß bei der zur Erbin eingesetzten Frau ihre Schwangerschaft oder Nichtschwangerschaft die Art der äußerlichen juristischen Delation nicht ändert usw.

[1]) L. 4, § 10, de doli except. (44, 4).

heres qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur." Savigny sagt hierüber[1]): „Erklärt man den letzten Satz von der Ausschließung der *hereditatis petitio,* so ist unsere Behauptung widerlegt; allein diese Erklärung muß verworfen werden, weil die *doli exceptio* bei einem Dritten, vielleicht ganz unrechtmäßigen Besitzer völlig ohne Grund sein würde. Die Stelle ist vielmehr von einem einzelnen Anspruch des wahren Erben, z. B. gegen einen Erbschaftsschuldner zu erklären usw." In den hervorgehobenen Worten zeigt sich aufs deutlichste das tiefe Mißverständnis, das über die doli exceptio im Erbrecht herrscht. Savigny meint also, daß, weil und wenn der dritte Besitzer noch weniger im Recht wäre als der die hereditatis petitio Anstellende, die doli exceptio gegen diese Klage seitens eines solchen Besitzers völlig grundlos wäre, d. h. er faßt den dolus und die doli exceptio im Erbrecht als das auf, was diese Institute sonst sind, nämlich als auf einem Verhältnis des Klägers zum Verklagten beruhend. Allein dies ist durchaus nicht der Fall! Im Erbrecht beruht der dolus lediglich auf dem Verhältnis des Erben zu seinem Erblasser. Wer die hereditatis petitio anstellt oder sich sonst als Erben geriert, behauptet sich als den Willensdarsteller des Erblassers und als Willensidentität mit ihm. Und wer nun, indem er dies behauptet[2]), einen anderen als den erblasserischen Willen

[1]) System, III, 378, Note c.

[2]) Oder indem er zwar sich nicht selbst als Identität mit dem Erblasser geltend macht, doch den Willen desselben als einen nach dem Tode wirkenden und noch fortexistierenden in Anspruch nimmt, d.h. ein Legat fordert (s. Nr. XIV fg.).

zur Ausübung bringen will, begeht dadurch die Lüge und die falsche Vorspiegelung des *dolus,* daß er, diese Identität und diese Fortdauer jener Willenssubjektivität vor sich hertragend, sie innerlich vielmehr verneint, sich als nicht willensidentisch mit ihr betätigt, und resp. jenen Willen als einen nichtmehrseienden behandelt. Er will also auch nicht einmal — gleichviel selbst, ob er es nach anderen Seiten hin ist oder nicht — der identische Willensfortsetzer dieser Willenssubjektivität sein, sondern statt dies zu wollen, will er sie, diese Behauptung bloß zu einem Vermögenserwerb mißbrauchend, durch Abänderung ihres Willens vielmehr negieren. Diese betätigte Nichtidentität bei der, somit gegen besseres Wissen, behaupteten Willensidentität mit dem Erblasser, dieser innere Betrug — dies allein ist der erbrechtliche Dolus. Der begriffliche Schwerpunkt der Stelle ruht daher in den Worten: heres qui *non habet voluntatem.* Wie versteht Savigny diese Worte? Offenbar so: qui non habet voluntatem *testatoris,* i. e. der Erbe, der den Willen des Testators nicht für sich hat, ihm diesen oder jenen „einzelnen Anspruch" zu gewähren. (Während vielmehr, wer einmal den Willen des Erblassers für sich hat, Darstellung seines Willens, Erbe zu sein, ihn zu der Berechtigung für dies und jenes Einzelne als Titel für seine Forderung gar nicht mehr braucht, da ihm dasselbe vielmehr nun auf Grund seiner allgemeinen Qualität, Willensdarsteller des Toten zu sein, gehört, wie die Akkreszenz und so vieles andere zeigt.) Die Worte heres qui non habet voluntatem sind vielmehr, um wahrhaft verstanden zu werden, zunächst spekulativ zu nehmen: der Erbe, der zuvörderst selbst nicht den Willen hat, Willenserhalter des

Toten, wahrer Erbe zu sein, da er ja gegen dessen Willen angeht. Und freilich hat er eben deshalb auch nicht den Willen des Testators für sich, sondern muß ihn sich gegenüber haben; aber nicht im Sinne eines nicht gebenden und gewährenden, sondern eines nicht in ihm vorhandenen Willens ist dies zu nehmen. Man könnte zur größeren Deutlichkeit frei übersetzen: „Der Erbe, insoweit er nicht den Willen des Testators in sich hat, wird durch die exc. doli mali zurückgeworfen." Die Stelle des Ulpian geht daher allerdings ebensowohl auf die Aktion der hereditatis petitio seitens eines solchen, der sich ohne den Willen des Erblassers für den Erben ausgibt, als gegen den einzelnen, den erblasserischen Willen verletzenden Anspruch des wirklichen Erben. Sie umfaßt beides, und beidemal bleibt das Recht des dritten Besitzers und das relative Verhältnis beider zueinander ganz aus dem Spiel. Der Aktionierende muß von dem dritten Besitzer mit der doli exceptio zurückgeworfen werden können, und wenn dieser letztere, möchten wir sagen, ut latro besäße. Denn einen erbrechtlichen *dolus* begehrt dieser letztere noch immer nicht; er braucht nicht zu behaupten, daß er Erbe sei; er wirft die Aktion des Erbklägers durch den Nachweis jenes erbrechtlichen Dolus zurück und schützt sich dadurch vorläufig im Faktischen seines Besitzes, ohne daß die Beschaffenheit seines Rechtes auch nur zur Sprache zu kommen hat. Und wollte jemand dies noch bestreiten, so ist Papinian der Scharfe da, um für uns zu zeugen. Er erklärt, daß die Legatare, die schon bei unförmlichem Widerruf des Legates durch die doli exceptio zurückgeschlagen werden, dies auch in dem Falle werden, wenn der Erbe selbst unförmlich —

und deshalb unwirksam — widerrufen wurde[1]), und also den faktischen Willen des Erblassers, den er gerade in jener Exzeption gegen die Legatare geltend macht, doch ebensowenig in sich hat. Und hierauf fährt Papinian

---

[1]) Warum das Legat schon durch unförmlichen Widerruf entkräftet wird, die Erbeinsetzung aber nicht, bedarf nach allen früheren Erörterungen nur kurzer Andeutung. Das Legat ist (s. Nr. XIV) die Willensverfügung über die Sache, ist eine einzelne bestimmte Äußerung des Willens; die Erbeinsetzung dagegen, die Fortexistenz der allgemeinen Willenssubjektivität selbst. Wie diese Fortexistenz nur durch die Kraft des öffentlichen Rechtes und seiner Formen hervorgebracht werden kann, weil der einzelne nur durch seinen Anteil am öffentlichen Volksgeiste die Fähigkeit dieser Hervorbringung überhaupt hat, so kann die einmal hervorgebrachte auch nur einer von derselben Kraft getragenen ausdrücklichen Aufhebung weichen. Ist also ein Testament vorhanden, so muß, um die Erbeinsetzung zu entkräften, ein zweites von denselben Formen des öffentlichen Rechtes getragenes Testament vorhanden sein. Es ist in dieser Hinsicht, wie bei dem suus, der, weil er einmal von selbst Erbe ist, auch durch ausdrückliche exheredatio aufgehoben sein muß, um nicht da zu sein (Nr. XXIV). Oder es zeigt sich hier nur von neuem, was wir häufig hervorgehoben haben (vgl. Nr. X, VIII, XV), daß das Erbtum nicht Produkt des bloß faktischen Willens und seines Konsenses ist, weil es eben nicht bloß Sache und Hervorbringung des bloßen privaten Willens, sondern juris publici ist. Das Legat dagegen, als die bloß einzelne, über eine Sache sich erstreckende Willensäußerung, bedarf, als ein über den Tod hinaus existieren sollendes und somit mit jener Willensunsterblichkeit, die nur das Produkt und die Substanz des Volksgeistes ist, verknüpftes Dasein des Willens, deshalb zwar zu seiner Hervorbringung der Kraft des öffentlichen Rechtes und der Solennitäten des Testamentes, nicht aber zu seiner Beseitigung. Denn da bei der letzteren die Willensäußerung jener meta-

ausdrücklich so fort: „Cujus exceptionis vires *ex persona petentis aestimantur* et alioquin *potior est in re pari causa possessoris* [1]).“ Bei der bekannten Kürze des Papinian ist in diese Worte alles zusammengedrängt, was wir soeben gesagt haben. Ex persona *petentis* wird die Kraft der doli exc. beurteilt, d. h. das Recht des Verklagten selbst soll dabei gar nicht in Betracht kommen, obgleich er in dem von Papinian dort gesetzten Falle als, obwohl unförmlich, widerrufener Erbe, doch ebensosehr gegen den faktischen Willen des Erblassers handelt, gegen den zu handeln er dem aktionierenden Legatar durch die doli exc. gerade vorwirft. Potior est in re pari causa possessoris, d. h. wenn beide nicht den Willen des

physischen Fortexistenz über den Tod hinaus bloß nicht teilhaftig werden soll (die Legatsverfügung fällt bloß fort, ohne in eine andere überzugehen), so ist auch der Grund nicht mehr vorhanden, jene Kraft des öffentlichen Rechtes und seiner Formen anzurufen; zum Nichtfortwirken des Willens über den Tod hinaus wäre der öffentliche Volksgeist, sein Recht und seine Formalitäten nicht erforderlich. Hier zeigt sich also der tiefe, bisher niemals ins Auge gefaßte Unterschied, warum der formlose Wille zur Beseitigung des Legates ausreichen muß, zu seiner Hervorbringung nicht ausreichen kann. Es kann daher der Gegensatz, der zwischen Legat und Erbtum hierin stattfinden muß, auch so ausgedrückt werden: Bei dem formlosen Widerruf des Legates geht diese Willensverfügung nicht in eine andere über, sondern fällt ganz fort, wie wir soeben schon hervorhoben. Beim Widerruf des Erben dagegen hört nicht die Willensfortexistenz des Erblassers auf, sondern es tritt nur ein anderer Erbe an seine Stelle, der Intestaterbe. Einen Erben widerrufen, heißt daher immer einen Erben hervorbringen und einsetzen, und kann daher nicht durch formlosen faktischen Willen geschehen. — Dies ist die Erklärung, die wir Savigny, III, 378, entgegenzusetzen haben.

[1]) L. 36, § 3, de test. mil. (29, 1).

Erblassers für sich anführen können, so schlägt das Faktum des Besitzes als solches durch. Wenn man dies aber gleichwohl noch weiter bestritte, so ist die Entscheidung des Julian und Ulpian über einen ebenso feinen wie komplizierten Fall da, die aber eben hierdurch auf das schärfste beweist, daß nichts anderes als der von uns entwickelte Begriff den erbrechtlichen dolus konstituiert. Einer ist ex uncia zum Erben eingesetzt, aus welcher Einsetzung er 200 erhalten würde. Zugleich hat ihm aber der Testator ein Legat von 100 vermacht. Die Beschwerden der Erbschaft scheuend, zieht er das Legat vor und schlägt aus. Wird er jetzt das Legat fordern können, oder durch die exc. doli abgewiesen werden[1]? „Et ait Julianus, non esse eum summovendum"; aber, fährt er fort: „Quodsi a substituto pretium accepit, vel quod pretii loco haberi posset, *ne adeat* hereditatem, petens legatum, *dolo*, inquit, facere intelligetur ac per hoc doli exceptione repelletur." Daß aber in dem ersten Falle Julian und Ulpian sich auch nur die Frage aufwerfen können, ob hier die doli exceptio begründet sei, beweist unwidersprechlich, daß der erbrechtliche dolus lediglich in dem aufgezeigten Verhältnis des Erben zum Erblasser besteht. Denn wie würde dem substituierten Erben gegenüber der ausschlagende Erbe bei der Legatforderung auch nur im geringsten in den Verdacht eines dolus kommen können? Offenbar in keiner Weise. Denn diesem gegenüber hat er nur von seinem unzweifelhaften Rechte Gebrauch gemacht, auszuschlagen, und macht von einem ebenso unzweifelhaften Rechte Gebrauch, indem er nun das ihm als Nichterben zustehende Legat fordert. Es wäre also die bloße Frage,

[1]) Ulpian, L. 4, § 11, de dol. exc. (44, 4) „... an si legatum petat, exceptione doli mali summoveatur?"

ob hier ein dolus vorliege, schlechthin unbegreiflich. Besteht aber der erbrechtliche dolus in dem erörterten Verhalten des Erben zum Erblasser, so kann die Frage allerdings entstehen. Denn indem der Erbe das deferierte Erbtum ausschlug, hat er, soviel an ihm, die Fortdauer des erblasserischen Willens ausgeschlagen und verneint. Wie kann er also diesen Willen, dessen allgemeine Fortexistenz er verneint hat, im einzelnen als einen für ihn fortexistierenden in Anspruch nehmen, d. h. ein Legat reklamieren? Hier also gerät er allerdings in die Gefahr jenes inneren Widerspruches und jener geistigen Lüge, die wir oben als den Begriff des Erbdolus auseinandergesetzt haben. Es ist aber zu sagen, daß der ausschlagende Erbe dennoch das Legat begehren könne. Denn indem ihm der Testator die Erbschaft übertrug, ihm aber auch einen Substituten gab und ihm ein Legat vermachte, hat er ihm selbst zwei Eigenschaften übertragen — Erbe und Legatar —, die sich nicht nur nicht bedingen, sondern sogar im Gegensatz zueinander stehen (s. VII u. XIV fg.). Der Testator selbst hat ihm also für den Fall seines Ausschlagens des Erbtums das Legat übertragen; er hat ihm selbst die Willensfreiheit eingeräumt, sich nach eigenem Willen für eines von beiden zu entscheiden, und indem er sich also nach seinem eigenen Willen entscheidet, handelt er jedesmal in Übereinstimmung mit dem Willen des Erblassers, und negiert diesen nicht. Er kann das Legat also fordern, und nun wird aber auch klar sein, warum er es in dem zweiten Fall, wenn er sich von dem substituierten Erben zur Ausschlagung der Erbschaft hat erkaufen lassen, nicht kann. Wo kommt hier der dolus her? Den substituierten Erben gegenüber könnte von einem solchen keine

Rede sein. Denn nichts wäre ein gröberes Mißverständnis, als zu glauben, daß Ulpian und Julian unterstellen, es sei in dem von ihnen vorausgesetzten Falle ausdrückliche oder auch nur stillschweigende Willensmeinung zwischen dem substituierten und dem ausschlagenden Erben gewesen, letzterer solle auch das Legat nicht haben, wodurch dann ein gewöhnlicher Dolus des letzteren gegen den ersteren entstände. Kein Wort des Textes läßt eine solche Voraussetzung zu, und es wäre auch, wenn man dieselbe machte, die Weise, in der Ulpian, sich auf Julian berufend, den dann ganz trivialen und nicht fraglichen Fall behandelt, ganz unmöglich. Es ist vielmehr scharf aufzufassen, daß der Substitutus bloß gewollt hat, der Erbe solle das Erbtum ausschlagen. Er hat dann sogar selbst notwendig den Erben als Legatar gewollt, denn er wollte diese Erbschaft aus diesem Testament, also auch mit allen darauf haftenden Legaten erwerben, und der erste Erbe wird eo ipso durch sein Ausschlagen der Erbqualität zum Legatar. Dem Substituten gegenüber, dessen Wille sogar auf seiner Seite steht, kann also von einem dolus des das Erbtum Ausschlagenden gar keine Rede sein. Aber der dolus ist hier zwischen diesem ausschlagenden Erben und dem Erblasser nun wirklich da. Denn diesmal hat der Erbe nicht von jener eigenen Willensfreiheit Gebrauch gemacht, die ihm der Testator selbst einräumte, und durch deren Ausübung er daher in jedem der beiden Fälle in Übereinstimmung ist mit dem Willen des Testators. Sondern indem er sich von einem dritten Willen erkaufen ließ — dem des Substituts, der in dem geschlossenen Verhältnis zwischen ihm und seinem Erblasser nichts zu tun hat und ein Fremder ist — und von diesem bezahlt die Willenserhaltung des Testators aus-

schlug, hat er, soviel an ihm ist, die Willensfortdauer desselben überhaupt negiert. Nicht in Kongruenz mit dem Testator nach dem ihm von diesem eingeräumten urselbständigen eigenen Wollen hat er sich entschieden und optiert, sondern einen fremden Willen hat er zum Entscheidenden gemacht, ihn zum Richter darüber, ob und wie dieser Wille überhaupt fortexistieren solle. Er hat also, soviel an ihm ist, die Willensfortdauer des Erblassers entschieden negiert. Wegen dieses begrifflichen Verrates ist der dolus da, jener innere Widerspruch gegen die Fortdauer des erblasserischen Willens, aus dem nur ein äußerer Vorteil gezogen werden soll. Da er die Fortdauer dieses Willens, soviel an ihm ist, negiert hat, so kann er nun auch diesen Willen nicht als einen für ihn fortexistierenden, d. h. ihm legierenden, in Anspruch nehmen.

Nur aus dieser Auffassung des bisher so gänzlich mißverstandenen erbrechtlichen dolus ist nun auch das Reskript des Kaisers Antonius erst wahrhaft zu verstehen, dessen Kenntnis wir Gajus, II, § 120, verdanken, daß dem bonorum possessor *secundum tabulas* stets die exceptio doli gegen die Intestaterben zustehen soll. Es ist nämlich, wie wir dies bei der gesamten historischen Bewegung überall nachgewiesen haben, jeder Schritt derselben in der späteren Zeit nur zu verstehen, wenn gleichmäßig ins Auge gefaßt wird, wie durch denselben der spekulative Begriff des alten Zivilrechtes ebenso aufgegeben, als in diesem Aufgeben noch festgehalten wird. Der durch das mangelhafte Testament begründete bonorum possessor secundum tabulas ist, wie wir gesehen haben (vgl. Nr. V), überhaupt nicht Willenserbe — die fehlerhafte Form nahm dem Willen die nur im öffentlichen Recht liegende

Kraft jener übernatürlichen Kontinuierung —, sondern er ist nur Vermögensnehmer, und muß daher im älteren Recht jedem zivilistischen Willenserben nachstehen, kann sich also nur behaupten, wenn kein Intestaterbe da ist (Gajus, II, 119; Ulpian, Fr. XXIII, 6). Je mehr aber jene oft geschilderte Bewegung sich vollbringt, daß das Erbtum, seinen spekulativen Begriff veräußerlichend, sich mit dem Vermögensempfang identifiziert, desto mehr muß nun der bonorum possessor den zivilistischen Erben schlagen. Allein diese Bewegung vollzieht sich selbst wieder immer unter Anknüpfung und Festhaltung des spekulativen zivilrechtlichen Erbbegriffes. Denn der bonorum possessor secundum tabulas, der selbst nicht zivilistischer Willenserbe ist und dies nicht zu sein braucht, schlägt jetzt den Intestaterben, indem er ihm den Widerspruch vorwirft, daß er gegen den Willen angehe, dessen Fortsetzung zu sein er vorgebe, d. h. Erbdolus begehe. Dieser Vorwurf hat somit sein Fundament und seine Möglichkeit wieder nur durch Rekurrieren auf den spekulativen Erbbegriff, der daher — und dies ist das echt Spekulative dieser historischen Bewegung — ebensosehr in ihr mählich aufgegeben, als immer noch festgehalten wird. — Zugleich ist diese exc. doli gegen den Intestaterben ein entscheidender Beweis für unsere Darstellung des Erbdolus und des spekulativen Erbbegriffes überhaupt. Denn ohne diese würde niemals abzusehen sein, und ist deshalb auch noch nie abgesehen worden, warum denn ein gesetzlicher Erbe gerade einen *dolus* begehe, wenn er bei dem Nichtvorhandensein eines gesetzlich gültigen Testamentes das ihm vom Gesetz zugesicherte Vermögen des Toten in Anspruch nimmt; und warum er jetzt plötzlich einen *dolus* begehen soll,

nachdem derselbe solange durch das Zivilrecht selbst sanktioniert worden. Es ist also dieses bestimmte, dem bonorum possessor gegebene Mittel ohne das Obige gar nicht zu begreifen. — Zugleich zeigt sich hier auch die Richtigkeit unserer Auslegung der Stelle des Ulpian (oben S. 442 fg.) gegen Savigny. Denn dieser Intestaterbe ist ein solcher heres, qui non habet voluntatem, und dessen hereditatis petitio daher durch die exc. doli zurückgeworfen wird.

XXXVI. Einzelne Folgerungen. Die hereditatis petitio. Die persönlichen Rechte. Die Stellung des Irrtums im Gebiet des Erbrechtes überhaupt.

Wir haben der hereditatis petitio Erwähnung getan, und es mag hier bloß darauf hingedeutet werden, wie sich erst jetzt die Schwierigkeiten, welche diese Aktion darbieten mußte, beseitigen. Man hat sie vorwiegend für eine dingliche (!!) Aktion ausgegeben, dann auch wieder, wegen des jus succedendi, für eine persönliche, und endlich für eine gemischte Aktion. Es muß jetzt auf der Hand liegen, daß sie keines von allen dreien ist. Es ist eine rein übernatürliche Aktion, eine Aktion sui generis. Der Richter soll feststellen, daß in der Willenssubjektivität des Klägers diejenige des Toten fortexistiert, daß der Wille von A der Wille von B sei. In dem Sinne ist also die hereditatis petitio eine vindicatio, daß der Erbe auf Grund der stattgehabten Identifizierung jene Willenssubjektivität,

die aber nichts Dingliches ist, als die seinige vindiziert; nicht aber in dem Sinne, wie man es gerade gewöhnlich[1]) versteht, daß er durch die *hereditatis petitio* die Objekte der Erbschaft vindiziert. Denn die hereditatis petitio geht nur auf die Anerkennung jenes geistigen Identitätsverhältnisses. Ist er aber einmal in dieser Identität, ist er als Erbe anerkannt, so gehören ihm diese Objekte jetzt nicht als Erben, d. h. auf Grund dessen als eines besonderen Erwerbstitels, sondern — dies muß durchaus unterschieden werden — als ursprünglichem Eigentümer[2]). Am deutlichsten tritt dieser Unterschied darin heraus, daß die res judicata über die hereditatis petitio dem Kläger nicht bloß das Recht über die eingeklagten Objekte, sondern auch über die nicht eingeklagten Objekte des Erblassers gibt und ihn zu ihrer Vindikation befähigt.

---

[1]) So sagt z. B. Vangerow, Pandekten, I, 190: Zu den dinglichen Rechten gehöre: 1. Eigentum, 2. Freiheit, 3. Erbrecht, „wobei man sich nur hüten muß, an das jus succedendi zu denken, sondern es ist hier darunter das Recht zu verstehen, welches für jemand nach gemachtem Erbschaftserwerb an dem universum jus defuncti erwächst, und welches mit einer sehr eigentümlichen dinglichen Klage, der hereditatis petitio, verknüpft ist." Ganz im Gegenteil, gerade das Recht, jemandem Erbe zu sein, also das jus succedendi und das Recht, diese Identität anerkannt zu sehen, wäre die Vindikation, die der hered. petit. eigentümlich ist. „Nach gemachtem Erbschaftserwerb" dagegen liegt nicht mehr Erbrecht als ein drittes und besonderes dingliches Recht, wie in der Vangerowschen Aufzählung, vor, sondern gewöhnliches Eigentumsrecht, und als solcher ursprüngliche Eigentümer besitzt und vindiziert er jetzt alles zum jus defuncti Gehörende.

[2]) Inst. § 7 de her. qual. (2, 19): Veteres enim heredes pro dominis appellabant: vgl. S. 305 und Note 1 das.

So wenig stellt das Erbrecht einen Erwerb an den Vermögensobjekten dar, daß, während ein solcher nach römischem Recht nie ohne den Willen des Erwerbenden möglich ist, auch die ihm vom Erblasser nicht übertragenen Vermögensteile dem Erben durch Akkreszenz sogar wider seinen Willen angehören. Gajus, L. 53, § 1, eod. tit. (29, 2): „Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam *invitus* excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam *invito accrescunt*." Da er eben der ursprüngliche Eigentümer ist, so kann er es nicht einmal durch seinen Willen ändern, daß ihm sein Eigentum gehört, nur entäußern kann er sich, wie jeder Eigentümer, desselben.

Wir sagen also, steht jene Identität der Willenssubjektivität fest, so ergibt sich dann hieraus als Folge — aber nur als solche — die angebliche successio in universum jus defuncti; aber zugleich ergibt sich hier auch der bestimmte Umfang der Rechte, die vererbt werden können, da, trotz des geläufigen Ausdruckes: successio in omne oder in universum jus defuncti alle Rechte doch nicht vererbt werden können, die persönlichen Rechte nämlich nicht, diejenigen, quibus personae conditio locum facit (s. Bd. I, S. 715, und oben S. 22 fg.). Es muß aber jetzt auch klar sein, warum. Denn da nicht die natürliche Person, sondern nur der subjektive Wille durch die Erbtumsunsterblichkeit perpetuiert wird und werden soll, so können nur solche Rechte auf den Erben übergehen, welche Gegenstand der Willensherrschaft des Erblassers und ihr unterworfen waren, nicht aber solche Befugnisse, welche nur aus Qualitäten des Erblassers herfließen, d. h. die rein persönlichen Rechte und Fähigkeiten, die deshalb auch während seiner Lebenszeit nicht von ihm übertragen werden konnten

und also, obgleich seiner Person anklebend, nicht Objekte seines subjektiven Willens waren. Weil aber das Erbtum selbst wieder ein persönliches Verhältnis des Erben zum Erblasser darstellt, so folgt beiläufig daraus, daß es in demselben wieder Rechte geben muß, die nur der Person des Erben inhärent, aber nicht ein seiner Willensherrschaft unterworfenes Objekt sind. Ein solches Recht ist z. B. das Recht des Erben, in dem sepulcrum hereditarium des Erblassers begraben zu werden, während er auf andere Personen dies Recht nicht übertragen kann[1]).

Ebenso ergibt sich jetzt, und hat sich von selbst lange ergeben, der wahre Sinn der Persönlichkeit der hereditas jacens (s. oben S. 30fg.); denn es ist überhaupt ja nicht das Vermögen, welches der Inhalt des Erbtums ist, sondern es ist die Willenssubjektivität des Toten, welche durch es erhalten, gegen jeden Untergang gewahrt sein soll. Darum existiert sie unmittelbar nach dem Tode weiter fort in dem erst später sich offenbarenden Erben, manifestiert sich eben nur später als dieser, wohnt ihm bereits von jetzt an ein, schwebt in idealer Unsichtbarkeit über dem ihrer Willensherrschaft unmittelbar unterworfenen Teile der Außenwelt, dem Vermögen, und kann um dieser ihrer noch unsichtbaren Fortexistenz willen Vermögenserwerbungen und Willenshandlungen ausüben.

Aber nicht das ganz Selbstredende und keine Schwierig-

---

[1]) Sondern nur provisorisch hineinstellen kann er sie lassen; siehe L. 6 de relig. (11, 7) und Gutherius, De jure manium, lib. III, c. 10, p. 434 (ed. Par. 1615). — Das jus adeundi (s. Bd. I, S. 713 fg.) würde hier nicht angeführt werden können, da der Eingesetzte, solange er nicht Adition geleistet, auch noch nicht Erbe ist.

keiten mehr Bietende hier weiter vorzutragen, ist der Zweck dieser Exkursionen, sondern die ausnahmslose Herrschaft des Begriffes in solchen Punkten nachzuweisen, wo noch scheinbare Zweifel entstehen und Abweichungen vorzuliegen scheinen könnten.

Wir gehen daher jetzt dazu über, mit Bezug auf das, was wir bei Gelegenheit der Adition über das geistige Wissen entwickelt haben, die Stellung nachzuweisen, welche der Irrtum im Erbrecht überhaupt einnimmt.

Savigny sagt in seiner Abhandlung über „Irrtum und Unwissenheit"[1]: „Fassen wir alle diese Bestimmungen zusammen, so müssen wir allerdings bei erbschaftlichen Handlungen dem Irrtum einen größeren Einfluß zuschreiben, als bei Geschäften des gewöhnlichen Verkehrs. Allein es ist doch nur eine etwas größere Zahl einzelner Fälle, worin der Irrtum ausnahmsweise wirkt. Und so erscheint auch hier das allgemeine Prinzip festgehalten und bestätigt, daß der Irrtum an sich das Dasein des freien Willens nicht ausschließt, also auch den Wirkungen desselben im allgemeinen nicht im Wege steht."

Es muß von selbst das Mißliche ins Auge fallen, eine etwas größere Zahl einzelner und ausnahmsweiser Fälle, in welchen im Erbrecht der Irrtum wirken soll, anzunehmen, ohne auch nur den Versuch zu machen, irgendein gemeinschaftliches Prinzip aufzustellen, aus welchem diese Ausnahmen im Erbrechte in innerer Übereinstimmung herflössen. Allein teils war dies nicht möglich, solange der Begriff des Erbtums nicht erkannt wurde, teils rächt sich darin an Savigny notwendig die von ihm dem

---

[1]) System, Bd. III, Beilage VIII, S. 384.

Irrtum überhaupt gegebene und früher von uns widerlegte Behandlung (s. Bd. I, § 2, B.). In strenger Übereinstimmung mit dem dort von uns Nachgewiesenen haben wir daher dieser Ansicht Savignys nach zwei entgegengesetzten Seiten hin gegenüberzutreten. Einmal der Behauptung, daß der Irrtum das Dasein des freien Willens nicht ausschließe, denn der Irrtum im Willensinhalt schließt denselben allerdings aus. Zweitens dem Schein, als ob der Irrtum im Erbrecht von den römischen Juristen eine irgend andere und verschiedene Behandlung erfahre, als in anderen Rechtsgebieten. Wir werden vielmehr sehen, daß das hier Geltende nur die genaue und konsequente Folge der Anwendung desselben in § 2, B. des ersten Bandes von uns entwickelten Prinzips über Wille und Irrtum auf den Erbtumsbegriff ist, welches auch in den anderen Rechtsgebieten als das herrschende von uns nachgewiesen wurde, und daß also der Wirkung des Irrtums im Erbrecht durchaus kein ausnahmsweiser Charakter zukommt.

Wir haben aber bereits in dreifacher Weise die Savignysche Lehre über den Irrtum im Erbrecht widerlegt und die wahrhafte Stellung, welche Irrtum und Unwissenheit auch in diesem Gebiete einnehmen, nachgewiesen.

Der eine Nachweis liegt in unseren gesamten Ausführungen über die doli exceptio (Nr. XXXV), speziell über den Schlußsatz der L. 4, § 10 h. t.: „. . . et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.“ Savigny selbst gesteht[1]: „Erklärt man diesen Satz von einer Ausschließung der hereditatis petitio, so ist unsere Behauptung — die Behauptung, daß «der Erbeinsetzung in der Regel ein bloßer Irrtum im Beweg-

[1]) System, III, 378, Note c.

grund nicht schadet» — widerlegt; allein diese Erklärung muß verworfen werden, weil die doli exceptio bei einem dritten, vielleicht ganz unrechtmäßigen Besitzer, völlig ohne Grund sein würde."

Wir haben aber diesen Einwurf durch die Entwickelung des Wesens der exc. doli im Erbrecht völlig widerlegt und gezeigt, wie jene Stelle allerdings ebensosehr und vorzüglich auf die Ausschließung der hereditatis petitio selbst bezogen werden muß, als auf einen einzelnen Anspruch des Erben, und können daher von dem Eingeständnis Savignys Akt ergreifen.

Eine zweite fundamentale Widerlegung war folgende: Savigny stützt (a. a. O.) seine Behauptung, daß der Erbeinsetzung „in der Regel ein bloßer Irrtum im Beweggrund nicht schadet", überhaupt auf kein anderes Fundament als darauf, daß, abweichend von den Legaten, die Erbeinsetzung durch einen unförmlichen Widerruf nicht entkräftet werde, aus welchem Prinzip nach Savigny die Gleichgültigkeit des Irrtums im Beweggrund bei der Erbeinsetzung „klar hervorgeht".

Nun stellt aber weder beim Legat noch bei der Erbeinsetzung der Widerruf einen Irrtum im Beweggrund des Willens, sondern nur eine spätere Änderung des Willens dar.

Weder in dem einen noch in dem anderen Fall ist notwendig oder durch den Widerruf allein ersichtlich, daß der Willensakt beim Legat oder der Erbeinsetzung ursprünglich durch einen irrigen Beweggrund vermittelt war, sondern der damals vollkommen mit sich übereinstimmende Wille hat nur einem anderen Willen Platz gemacht.

Nun haben wir in systematischer Weise gezeigt (S. 445, Note 1), warum vermöge der notwendigen Konsequenz

des spekulativen Begriffes der formlose Widerruf die Erbeinsetzung nicht entkräften kann und das Legat entkräften muß. Denn einen eingesetzten Erben widerrufen, heißt immer einen anderen Erben, und sei es auch nur durch bloßen Widerruf, den Intestaterben selbst, einsetzen. Die Einsetzung des Willenserhalters, die Zustandebringung der perpetuellen Willensfortexistenz, hatte aber als dieser supranaturalistische Akt ihre sie zustande bringende, produzierende Kraft durchaus nicht in dem bloßen dazu ganz unfähigen Privatwillen, sondern in dem Wesen dieses historischen Volksgeistes, und somit ausschließlich in den Formen des öffentlichen Rechtes (s. Nr. X, VIII, XV). Das römische Recht, weil es niemals gänzlich den Zusammenhang mit dem spekulativen Begriff seines ursprünglichen jus civile verliert, kann daher niemals, und selbst nicht in seiner letzten justinianeischen Verkümmerung dazu gelangen, durch den bloßen formlosen Privatwillen eine Erbeinsetzung bewirken zu lassen[1]). Um wieviel dünner und verblaßter im Laufe der geschichtlichen Entwickelung die Formen werden, welche zur Erbeinsetzung erforderlich sind, wie sehr auch der Begriff jedes lebendige Dasein verliert, und sein schattenhafter Charakter sich ebenso in den zu Schatten ihrer früheren Körperlichkeit heruntergesunkenen Formen, wie in den von uns überall nachgewiesenen, inhaltlichen Evolutionen kundgibt, — die Form bleibt immer erforderlich, bleibt, wie vermöge einer gewissen ahnenden Erinnerung des entschwundenen ursprünglichen Begriffes das produktive, den Privatwillen zu dieser erstaunlichen metaphysischen Leistung be-

---

[1]) Vgl. L. 29 C. de testam. et quemadm. (6, 23); Inst. de test. ord. (2, 10).

fähigende Element. Und nie kann darum der Widerruf des Erben, der selbst eine Erbeinsetzung darstellt, formlos Wirksamkeit haben.

Bei dem Legat aber produziert der Widerruf kein neues, anderes Legat, d. h. keine neue, nach dem Tode wirkende Äußerung des Willens. Nur verzichtet wird auf eine solche. Um aber nach dem Tode eine Willensverfügung nicht vorzunehmen, um einen Willensakt nach dem Tode nicht stattfinden zu lassen, dazu braucht der Privatwille keine produktive Kraft aus dem Wesen des öffentlichen Geistes zu schöpfen; dies ist vielmehr das natürliche und an und für sich vorhandene Verhältnis, und dazu ist daher auch der Privatwille — und deshalb auch jeder formlose Wille — vollkommen sich selbst genug.

Bei dem Legat muß daher entstehen, was vollständigster Widerspruch für den Verstand, vollständigste Harmonie für den Begriff ist, daß es nur formell verliehen und formlos widerrufen werden kann.

Freilich war es nicht möglich, diesen Nachweis zu führen, ohne daß die produktive Kraft der Form und, was hierzu wieder erforderlich, der spekulative Erbtumsbegriff überhaupt erkannt war. Aber nachdem er nun einmal geführt ist, ist das ganze und einzige und von ihm selbst als solches eingestandene Fundament für die Ansicht Savignys über die Einflußlosigkeit des Irrtums im Beweggrund bei der Erbeinsetzung vollständig beseitigt.

Ein dritter und systematischer Beweis über die Stellung des Irrtums im Gebiete des Erbrechtes ist aber durch alles das geliefert, was wir[1]) über das zur Adition erforderliche Wissen bereits nachgewiesen haben.

---

[1]) Siehe Nr. XXXIV.

Es kann unsere Absicht nicht sein, das dort Entwickelte hier zu wiederholen. Sieht man aber auf dasselbe zurück und betrachtet es jetzt unter dem Gesichtspunkt, inwiefern der bloße Irrtum im Beweggrund die Adition nichtig macht oder nicht, so ergibt sich als Resultat, daß auch jeder Irrtum im Beweggrund die Handlung der Adition dann wirkungslos macht, wenn der irrige Beweggrund den ganzen Inhalt des Willens deckt und erschöpft, so daß sich also auch hier genau die Theorie bestätigt, welche wir in Bd. I, S. 180—196, über die Einwirkung des irrigen Beweggrundes nachgewiesen haben; und schon in der Darstellung der Aditionsmaterie haben wir diese Übereinstimmung häufig deutlich genug hindurchleuchten lassen.

Trete ich die Erbschaft an, weil ich sie irrigerweise für größer halte als sie ist, so ist das ein bloßer Irrtum im Beweggrund[1]). Ich hätte ebensogut trotz dessen und aus vielen anderen Gründen antreten können. Es ist nur eine *causa remota* des Willens, aus welcher ich mich zu dem Willen der Willensidentität mit dem Toten bestimmt habe; zu dieser habe ich mich bestimmt, und so ist jener hinter dem Willen liegende Beweggrund (vgl. S. 433 und Note 1 das.) gänzlich einflußlos.

Trete ich aber die Erbschaft an, weil ich sie für eine mir testamentarisch deferierte halte, während sie eine mir

[1]) Es ist mit anderen Worten ein gänzlich außerhalb des Substantiellen, Begrifflichen des Verhältnisses liegender Irrtum. Savigny (System, III, 383) sagt: „Insbesondere kann dem Erben nicht zugute kommen der vorzüglich wichtige Irrtum über den reinen Wert des erbschaftlichen Vermögens." Dieser für den Verstand „vorzüglich wichtige" Irrtum ist für den Begriff des römischen Erbtumes und daher auch für das römische Erbrecht selbst das Allergleichgültigste und Unwichtigste, was es gibt.

ab intestato deferierte ist, oder weil ich mich für einen necessarius heres halte, während ich ein voluntarius bin usw., so kann dieser Irrtum, wie schon in dieser Form der Sätze heraustritt, zwar ebensogut als ein Irrtum im Beweggrund dargestellt werden; denn es waren Tatsachen, über die ich mich im Irrtum befand und die auf meine Antretung der Erbschaft einwirkten oder einwirken konnten. Hier aber muß der Irrtum im Beweggrund die Handlung unwirksam machen, und zwar deshalb, weil er zum Unterschied von den einzelnen oder verständigen Motiven das erschöpfende oder begriffliche Motiv derselben ist, Beweggrund und Willensinhalt hier also in dem Verhältnis zueinander stehen, sich zu decken. Der begriffliche Inhalt der Aditionshandlung ist dies: die Willensidentität mit dem Erblasser zu setzen. Dies ist aber zugleich das determinierende, begriffliche Motiv der Erbschaftsantretung. Ich trete an, weil ich innerlich meine Willenssubjektivität für eine mit ihm identische betrachte. Irre ich mich hierin, halte ich mich für einen gezwungenen Willenskontinuator (necessarius), während ich ein freiwilliger bin, halte ich mich für durch eine ausdrücklich durch den ausschließenden Willen des Erblassers übertragene Willensfortsetzung geehrt (Testamentserbschaft), während ich nur ein subsidiarischer, d. h. Intestaterbe bin[1]), so macht dieser Irrtum über Dasein und Beschaffenheit des zwischen uns stattfindenden Willensverhältnisses, obwohl es gleichfalls ein Irrtum im Beweggrund ist, dem meine Handlung entspringt, dieselbe nichtig.

Wenn ich mich also über die zwischen uns stattfindende Willensbeziehung irre, die mich zur

[1]) Vgl. Nr. XL über die L. 17 de acqu. vel. om. her. (29, 2).

Antretung vermocht hat, so ist, trotzdem der Verstand diesem Irrtum sehr gut die Stellung eines Motives geben kann, die Handlung ungültig, weil dieser begriffliche Beweggrund ein den Willensinhalt der Hand selbst erschöpfender ist, oder Motiv und Inhalt des Willens hier zusammenfallen und sich decken.

Seitens des Erben wäre also bereits die von uns im ersten Bande entwickelte Theorie über das quantitative Verhältnis des Beweggrundes zum Willensinhalt und über die hieraus folgende, Willen und Handlung aufhebende Einwirkung des irrigen Beweggrundes, wenn er ein den ganzen Willen erschöpfender war, durch den in der Abhandlung über das „spekulative Wissen" erörterten Stoff durchaus bestätigt.

Alles, was daher hier noch übrig bleibt, ist, dasselbe auch seitens des Erblassers nachzuweisen.

Wir zeigten oben[1]), daß es als eine hinter dem Willen und seiner Entscheidung liegende Vermittelung ganz gleichgültig sei, warum der Erblasser den Erben zum Erben will, d. h. ihn als Willensidentität mit sich setzt. Da das Motiv dazu gleichgültig, so ist es natürlich ebensosehr der Irrtum im Motiv. Allein, wenn es gleichgültig ist, wenn sich der Erblasser in dem Beweggrunde irrt, warum er den Erben als eine mit ihm identische Willenssubjektivität annimmt, so wird es dagegen durchaus nicht gleichgültig sein, wenn er sich darin irrt, daß er ihn für eine mit ihm identische Willenssubjektivität annimmt, d. h. also: ihn fälschlich für einen suus hält.

In der Tat, wer den suus einsetzt, hat ihm dadurch nicht erst die Willensidentität mit sich übertragen, ihn zu einer solchen gemacht, sondern er hat ihn nur als

---

1) S. 433, Anm. 1.

bereits bestehende Willensidentität anerkannt. Er erklärt ihn nur zur Willensidentität, weil er ihn bereits für seiende Willensidentität mit sich hält. Beweggrund und Handlung sind hier von absoluter Identität miteinander, von solcher Identität, daß sie nicht einmal etwas Neues gegeneinander bewirken. Die Handlung der Erbeinsetzung liefert kein Produkt, das nicht auch schon nach dem bloßen Beweggrund, der vermeintlichen Suität, ohnehin der Fall gewesen wäre. Es ist also in der Handlung gar nichts vorhanden, was nicht auch schon in dem Beweggrund vorhanden wäre. Irrt sich der Erblasser also hier über den Beweggrund, irrt er sich in dem Punkte, daß der als identische Willenssubjektivität Erklärte auch wirklich eine solche mit ihm sei, irrt er sich — um dies in derselben Form wie früher beim Irrtum des Erben auszusprechen — in der zwischen seiner und des Erben Willenssubjektivität aufeinander bestehenden Beziehung, indem er sie für bereits vorhandene Identität hält, so muß dieser erschöpfende Irrtum im Motiv der Erbeinsetzung, der Irrtum über das begriffliche Verhältnis, die Einsetzung ungültig machen. Und so erklären denn die Pandekten selbst, daß, wenn einer ut filius zum Erben eingesetzt sei, hinterher aber für ein untergeschobenes Kind erklärt werde, die Einsetzung ungültig sei[1]): „Aufertur ei quasi indigno successio, qui, quum heres institutus esset *ut filius*, post mortem ejus, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est[2]).“

---

[1]) Hermogen., L. 46 de jur. fisc. (49, 14).

[2]) Vgl. L. 4 C. de her. inst. (6, 24): „Si pater tuus eum *quasi filium suum* heredem instituit, quem falsa opinione ductus *suum* esse credebat, *non instituturus,* si alienum nosset, isque postea subditius esse ostensus est, auferendam ei successionem Divi Severi et Antonini placitis continetur.“

Sofort aber zeigt sich auch das Umgekehrte: die Enterbung des suus muß ungültig sein, wenn sie nur deshalb eintrat, weil ihn der Erblasser irrig für untergeschoben hielt, oder wenn sie inter ceteros eintrat, weil ihn der Erblasser für tot hielt. Der Grund ist ganz derselbe. Der Testator schloß die Willensidentität mit dem suus nur aus, weil er sie für bereits tatsächlich nicht bestehend hielt. Beweggrund und Inhalt des Willens decken sich daher wieder genau und erschöpfend. Das Motiv ist hier nicht eine bloße hinter dem Willen liegende, nur vor dem Entschließen wirkende Vermittelung; es ist der im Willen selbst vorhandene und ihn gänzlich ausfüllende Inhalt. Die Exheredationsformel des Testators, der sich so über das Verhältnis seiner Willenssubjektivität zu der seines schon bestehenden Erben irrte und ausgesprochenermaßen ihn deshalb exheredierte, muß also kraftlos sein. Vermöge der Bd. I, S. 180—196, entwickelten, zwischen Irrtum im Beweggrund und Irrtum im Objekt (error substantialis, mangelnder Wille) stattfindenden Dialektik läßt sich wieder dieser Irrtum im Beweggrund auch ebensogut als ein Irrtum im Objekt, in der Person (mangelnder Wille) aussprechen. Der Testator wollte den alienus ausschließen, und hat den suus ausgeschlossen. Er wollte den Nichtidentischen nicht identisch sein lassen. Er hat den Identischen als nichtidentisch gesetzt. Ebenso natürlich, wenn er den tot geglaubten suus durch die Formel inter ceteros enterbte. Er wollte ihn nicht enterben, und hat ihn enterbt.

Beide Fälle stehen auf einer Linie. Denn in beiden Fällen wird die ausgeschlossene Identität mit dem suus nur deshalb für ausgeschlossen erklärt, weil sie für schon

nicht bestehend erachtet wird, dort durch die vermeintliche Unterschiebung, hier durch den Tod.

In beiden Fällen müssen uns daher die Pandektenjuristen bekunden, daß die Enterbung machtlos sei, und zwar nicht infolge irgendeiner Billigkeit, sondern als strenges Rechtsprinzip. So zunächst Africanus, der auch den Fall durchaus wie den eines Irrtums im Beweggrund behandelt[1]: „Si quis ita scripserit: *ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto,* hanc exheredationem ita *nullius momenti* esse ait, si probetur ex eo natus; non enim videri *quasi filium* exheredatum esse, quum elogium pater, quum filium exheredaret, proposuisset et adjecisset, *propter eam causam* exheredare, probaturque patrem circa *causam* exheredationis *errasse.*" Ebenso Ulpian[2]) und Paulus[3]).

Auf diese Fälle wird sich aber in Gemäßheit des spekulativen Begriffes die Einwirkung des Irrtums im Beweggrund bei der Erbeinsetzung beschränken müssen. Die Einwirkung, sagen wir, wird sich auf diese Fälle beschränken müssen. Denn überall, wo ein extraneus zum Erben eingesetzt wird, ist und kann ja die Willensidentität vor der Einsetzung nicht vorhanden sein, sondern soll erst durch diese hervorgebracht werden. Der begriffliche Inhalt der Erbeinsetzung oder der begriffliche Grund zu derselben, die Willensidentität mit diesem Subjekt, und der Grund, warum ich mich dazu entschließe, dieses Subjekt als Willensidentität mit mir zu setzen, bestimmen sich also

---

1) L. 14, § 2, de lib. et post. (28, 2).

2) L. 15 eod. tit.

3) L. 25 eod. tit. Man vgl. die Erzählung bei Valerius Maximus, lib. VII, c. 7, p. 87, ed. Argent., von dem für totgehaltenen Sohn.

als begrifflich andere und getrennte gegeneinander. Oder der Grund wird hier zur hinter dem Entschluß zur Willensidentität mit diesem Subjekt liegenden Vermittelung, und bleibt also so gleichgültig, wie wir dies schon oben S. 433, Note 1, gezeigt haben. Nur beim suus kann der Irrtum einwirken, da, wenn hier in bezug auf die zu ihm bestehende Willensbeziehung geirrt wird, im begrifflichen Erbtumsverhältnis selbst geirrt wird, in einem Punkt, der sich für den Verstand zwar als Beweggrund für die Erbeinsetzung, resp. Enterbung darstellt, für den Begriff aber mit dem begrifflichen Inhalt des Willens schlechthin identisch ist; ein Irrtum, der nicht das Warum (causa remota) der Willensidentität, dieses begrifflichen, allein erschöpfenden Motives der Einsetzung, sondern das Dasein, resp. Nichtdasein der Willenssubjektivität betrifft. Es muß daher auch beim suus jeder andere irrige Grund, weshalb der Vater ihn enterbt (z. B. vermeintlicher Ungehorsam usw.), gleichgültig bleiben, ebenso gleichgültig, wie der Grund zur Einsetzung des extraneus; nur der Irrtum über die fälschlich angenommene oder nicht angenommene Suität selbst, über das Dasein der stattfindenden Willensbeziehung ist jenes erschöpfende, mit dem Inhalt des Willens selbst identische, weil begriffliche Motiv, und darum von Einfluß.

Die Pandekten bestätigen daher unsere Theorie über den Irrtum im Beweggrund ebensosehr wie unsere Theorie über das Erbtum, und zwar noch glänzender als durch das Setzen jener Einwirkungsfälle, auch dadurch, daß sie in keinem anderen Falle den Irrtum im Beweggrund auf die Erbeinsetzung von Einfluß sein lassen.

Ein Fall aber muß noch entstehen, wo die Dialektik des Begriffes in voller Gegensätzlichkeit aufeinanderplatzt

und eine nicht geringe Schwierigkeit der Entscheidung erzeugen kann.

Wie nämlich, wenn die Erbeinsetzung eines extraneus ersichtlich durch irrige Annahme bewirkt wurde, daß ein früher eingesetzter extraneus oder ein gewöhnlicher Intestaterbe (d. h. nicht suus) verstorben sei?

Die Dialektik, die sich hier erhebt, ist folgende:

Ich bin, sagt der zuletzt eingesetzte Erbe, zum identischen Willenserhalter eingesetzt. Das Warum, aus welchem sich der Erblasser dazu entschloß, Willensidentität gerade mit mir sein zu wollen, ist sehr gleichgültig. Es ist dies nur eine Vermittelung dieses Willensentschlusses und Willensinhaltes, und daher ein hinter dem Willen und seinem Inhalt liegender, verschwundener Grund, der nicht, wie bei der Exheredation des irrtümlich für unecht gehaltenen suus, den präsenten Willensinhalt der Handlung selbst bildet. Das begriffliche, erschöpfende Motiv der erblasserischen Handlung und deren Willensinhalt sind vollständig in Übereinstimmung. Er setzte mich ein zum Willensfortsetzer — und dies ist der Willensinhalt seiner Handlung —, weil er in mir eine ihm adäquate Willensidentität erblickte — und dies ist das erschöpfende oder begriffliche Motiv jener Handlung —, und nur der einzelne Grund wieder, warum er dieselbe gerade in mir zu sehen sich entschloß, war jenes irrtümliche Totglauben des früheren Erben. War dies auch, was ich zugebe, faktisch der einzige Grund seines neuen Willens, so ist dies doch nur zufällig der Fall; es war nicht der erschöpfende Beweggrund dieser Kategorie von Willenshandlung (Erbeinsetzung), denn dieselbe kann ebensogut, wie durch diesen Irrtum, durch tausend andere mögliche Gründe vermittelt werden.

Der Wille selbst aber ist dieser Akt, alle bloß zufälligen Vermittelungen, aus denen er sich faktisch bildet, aufzuheben in den Inhalt seines Entschlusses und also hinter sich in Staub und Vergangenheit sinken zu lassen.

Nein, sagt der früher eingesetzte Erbe, es kommt hier nur zum Vorschein, daß (s. oben Nr. XIII) es in der Natur des subjektiven Willens selbst liegt, immer durch eine Wirklichkeit, weil er in ihr seine Voraussetzung hat, bedingt zu sein, auch wenn er diese Bedingung nicht ausdrücklich setzt. Mein Tod war nicht ein zufälliges Motiv, er war die einzige Voraussetzung und Bedingung, unter welcher sich der Erblasser zur Willensidentität mit dir entschloß, welche er vor allem in mir zu haben wußte. Du bist und bleibst also, wenn du auch im Testament nicht so hingestellt bist, der Sache nach immer nur ein bedingter, ein an die Bedingung und Voraussetzung meines Nichtseins gebundener Erbe. — Überdies, da ich einmal eingesetzter Erbe war, so muß ich, um nicht Erbe zu sein, als Erbe aufgehoben sein, sonst bin ich es noch, gleichwie der suus exherediert werden muß. In diesem Akt des Aufhebens aber — dem neuen Testament, zu dem sich der Testator allerdings entschloß fällt der Inhalt des Willens mit dem Beweggrund desselben ganz ebenso identisch und sich deckend zusammen, wie bei der Exheredation des fälschlich für unecht oder tot gehaltenen suus. Denn der Testator hob das frühere Testament, hob mich als Erben nur auf, weil er mich schon für aufgehoben hielt. Bei diesem Akt hat also, weil hier der Beweggrund des Willens den ganzen Willensinhalt der Handlung deckte und erschöpfte, der Irrtum in diesem erschöpfenden Beweggrund die Wirksamkeit des Aufhebens verhindert, wie

bei der Exheredation des suus, und folglich bin ich gar nicht wirksam aufgehobener Erbe, und bin weiter Erbe.

Behüte! repliziert der zuletzt Eingesetzte. Es ist wahr, daß Grund und Bedingung viel miteinander gemeinsam haben, aber sie unterscheiden sich dadurch, daß der Grund die bereits eingetretene Bedingung und die Bedingung der in die Zukunft gesetzte Grund ist. Mit dem Eingetretensein verliert die Bedingung ihre Spannung und Hemmung und sinkt zur gleichgültigen Vergangenheit des Grundes zusammen, worüber du schon oben bei den kaptatorischen Einsetzungen nachlesen kannst, und weiter bei der Lehre von den Bedingungen (Nr. XIII)[1]. Wenn also auch der Testator dich und deinen Tod in dem Testament ausdrücklich als den Grund meiner Einsetzung setzte, so hat er dich doch nicht als ein Spannendes und Zukünftiges, sondern gerade als ein solches zur Gleichgültigkeit Zusammengesunkenes und Vergangenes gesetzt, und du kannst daher keinesfalls mehr darankommen. — Auch deine Parallele mit der Exheredation des suus trifft nicht zu. Als der Erblasser den suus exheredierte, befand er sich im Irrtum über das zwischen ihnen beiden bestehende Verhältnis der Willenssubjektivität zueinander. Dieser Irrtum im begrifflichen Verhältnis, dieser Irrtum in dem mit dem Willensinhalt der Exheredationshandlung identischen und ihn erschöpfenden Beweggrund, machte die Exheredation unwirksam. Blieb der suus aber nicht exherediert, so war als bloße Folge hiervon der eingesetzte Erbe nicht gültig eingesetzt. Anders bei uns. Als

[1]) Vgl. auch z. B. L. 17, §§ 2, 3 de condit. (35, 1); § 31 Inst. de legat. (2, 20).

der Erblasser *mich* zum Erben einsetzte, irrte er sich *nicht in mir*, nicht in dem zwischen ihm und mir bestehenden Willensverhältnis, sondern nur über eine ganz *außerhalb* desselben gelegene Tatsache, über *deinen Tod*. Da der Irrtum nicht das spekulative Willensverhältnis zwischen uns betraf, welches der Erblasser vielmehr als das zweier noch formell *anderer*, erst zu identifizierender Willenssubjektivitäten zueinander kannte, so ist der Irrtum im Beweggrund hier ein Irrtum im *zufälligen* und darum *gleichgültigen* Motiv, nicht ein Irrtum im *begrifflichen* und darum den Willensinhalt *deckenden* Motiv der Handlung. Oder da der Irrtum nur einen *außerhalb* seines Willensverhältnisses zu *mir* liegenden Beweggrund betraf, so lag dieser eben überhaupt — *außerhalb* desselben, und kann also um so weniger Anspruch darauf erheben, sogar der seinen Willensinhalt *erschöpfende* Beweggrund zu sein, der vielmehr einzig und allein in dem Verhältnis der beiden Willenssubjektivitäten zueinander liegt. *Meine* Einsetzung an und für sich ist also durch keinen solchen Irrtum unwirksam. Du aber könntest erst darankommen als *Folge* davon, daß *meine* Einsetzung ungültig oder wieder aufgehoben wäre, während umgekehrt der gegen den exheredierten suus eingesetzte Erbe nur Erbe sein kann *infolge* davon, daß der suus gültig exherediert ist. Du aber hast eben im Unterschiede vom suus keine besondere Exheredation zu fordern, und bist daher mit meiner an und für sich gültigen Einsetzung auch gültig aufgehoben.

Es kann nicht fraglich sein, daß dieses Plaidoyer zwischen dem zuletzt und dem früher eingesetzten Erben vor dem Richterstuhle des alten jus civile zugunsten des *zuletzt* eingesetzten Erben entschieden worden wäre! (Siehe unten S. 474fg.)

Anders aber denken bereits die Kaiser und müssen so denken, da in ihnen die gegen die Strenge des spekulativen Begriffes reagierende Billigkeit das weit Überwiegende ist. Als daher ein Testator, die früher eingesetzten Erben infolge eines irrigen Gerüchtes für tot haltend, ausdrücklich so testiert: „Quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui, Novius Rufus heres esto", kommt der Kaiser der irrtümlich tot geglaubten Erbin zu Hilfe, sie an die Stelle des Novius Rufus setzend. Es ist Paulus, der uns dies berichtet[1]). Aber zum Unterschied von den früher betrachteten Fällen des fälschlich für echt oder unecht, resp. tot gehaltenen suus wissen die römischen Juristen sehr genau, wie hier nicht von einer Rechtsregel, sondern von bloßer Billigkeit die Rede ist, und Paulus läßt durch die Ausdrucksweise seines Berichtes deutlich genug hervortreten, daß nach seinem zivilistischen Gewissen die Entscheidung eine andere gewesen wäre: „. . . et cognitione suscepta, *licet modus institutione contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen* ex voluntate testantis *putavit* Imperator ei (der früheren Erbin) subveniendum etc.[2])."

[1]) L. 92 de her. instit. (28, 5).

[2]) Genau dasselbe, was der früher eingesetzte testamentarische Erbe kann auch der irrtümlich für tot gehaltene gewöhnliche Intestaterbe (nicht suus) für sich geltend machen. Dies begreift sich freilich erst nach dem von uns (s. Nr. XXII) dem Intestaterbrecht zugewiesenen Begriffe, wonach der Intestaterbe die Bedeutung hat, der vorausgesetzte Willensfortsetzer des Toten, d. h. der aus dem eigenen Willen des sich nicht ausdrücklich äußernden Erblassers vorausgesetzte Willensfortsetzer desselben zu sein. Bin ich also, sagt der Intestaterbe, der aus dem eigenen Willen des Toten vorausgesetzte Willensträger desselben, so muß man mich auch als solchen gelten lassen, und ebenso sehr, wie ich dann einem

Nicht weniger deutlich bestätigt sich unsere Theorie vom Irrtum in dem Beweggrunde bei den Legaten. Die

---

ausdrücklich gesetzten Willensträger (Testamentarerben) weiche, ebensowenig weiche ich, wenn dieses Setzen nur durch die falsche Voraussetzung des Todes meiner als der *vorausgesetzten* Willensidentität des Erblassers vermittelt ist. Wollt ihr mich nach meinem präzisen Begriff behandeln, so müßt ihr vielmehr, wenn diese falsche Voraussetzung bei dem testamentarischen Setzen seiner Willensidentität durch den Erblasser stattfand, annehmen, daß ohne dieselbe nichts herausgekommen wäre, als der, welcher eben *die vorausgesetzte Identität des erblasserischen Willens ist*. Sonst leugnet ihr den Geist eures Intestatrechtes. Folglich müßt ihr annehmen, da ja der Testator *setzte*, und andererseits, da ich, sofern er mich nicht *wissend* umging, der *als von ihm gesetzte* Vorausgesetzte bin, daß *ich* der von ihm gesetzte, d. h. daß ich jetzt *testamentarischer* Erbe geworden bin.

Die Lage dieses Intestaterben ist also um nichts schlechter und nichts besser als die des früher eingesetzten testamentarischen Erben. Wieder ist es die Billigkeit der Kaiser, die eingreift und dem Intestaterben zu Hilfe kommt, wie Paulus berichtet, L. 28 de inoff. test. (28, 5). Aber das ist höchst interessant und erst aus dieser spekulativen Begriffsentwickelung zu verstehen, daß nicht, wie bei der querela inofficiosi des Intestaterben, das Testament fortfällt und der Intestaterbe ab intestato drankommt, sondern daß, wie Paulus berichtet und wie spekulativ notwendig ist, der Intestaterbe um jener unaufgehobenen Voraussetzung des Intestatrechtes willen durch das *nicht* auf ihn lautende Testament zum *Testamentserben* wird, d. h. als heres scriptus angesehen wird und die Legate prästieren muß. Bei dem oben im Text behandelten Falle tritt dies gleichfalls ein und ist hier freilich ganz klar, da der früher eingesetzte Erbe jedenfalls heres scriptus war und nur als solcher drankommen kann. Bei dem Intestaterben aber wird nur durch die Dialektik seines Begriffes, der beim Nichtsetzen des Testators aus dessen Willen Vorausgesetzte zu sein, klar, wie er durch ein auf einen *anderen* lautendes Testament selber zum *Testamentserben umschlagen* kann.

Beweggründe haben zum Willen ein nur quantitatives Verhältnis. Ist also der hinzugefügte Beweggrund des Legates auch irrig, so bleibt das Legat dennoch bestehen, denn der Testator kann ebensogut auch noch andere Motive beim Testieren als das ausgesprochene gehabt haben, und Papinian sagt daher richtig[1]: ,,Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret[2].“

Allein da das Motiv ein quantitatives Verhältnis zum Willen hat, so kann ihn jedes einzelne Motiv auch erschöpfen, ganz wie wir dies Bd. I, S. 180 fg., gezeigt haben. Und ob ein bestimmtes Motiv das erschöpfende gewesen war, ist eine rein faktische, nur aus den Umständen erhellende Frage. Wird also nachgewiesen, daß der irrige Beweggrund der einzige und somit den Willen erschöpfende war, so ist mit dem Irrtum in demselben auch das Dasein des Willens selbst im Legat aufgehoben und dasselbe unwirksam. Papinian fährt daher a. a. O. fort: „sed plerumque doli exceptio locum habebit, *si probetur, alias legaturus non fuisse*[3].“

Man sieht, daß der Unterschied zwischen der Einwirkung des Irrtums bei der Erbeinsetzung und beim Legat nicht in einer verschiedenen Behandlung des Irrtums, sondern, unter strenger Festhaltung seines Begriffes und seines Einflusses auf den Willen, nur in der Verschiedenheit des Begriffes von Erbtum und Legat seinen Grund hat.

Das Legat ist nicht Fortpflanzung der gesamten idealen Willenssubjektivität, sondern ein einzelner Willens-

---

[1]) L. 72, § 6, de condit. (35, 1).
[2]) Vgl. L. 17, §§ 2, 3 eod. tit.; § 31 Inst. de leg. (2, 20).
[3]) Vgl. oben Nr. XXXV.

akt des fortexistierenden Willens, Geben einer Sache. Der begriffliche und erschöpfende Beweggrund zu dieser Willensäußerung ist hier — jeder noch so zufällige und unbedeutende Umstand, der den Willen zu dieser Äußerung sollizitiert hat, wenn nur bewiesen wird, daß er allein das Sollizitierende war. Wird dies bewiesen, so enthält jeder solche noch so zufällige, allein sollizitierende Beweggrund, und wenn er in nichts anderem bestand, als daß der Legatar eine rote Nase hat, den ganzen Willen des Erblassers in sich und absorbiert diesen ganzen Willen durch seinen Irrtum.

Die Erbeinsetzung dagegen ist nicht Geben von Vermögen, ist nicht einzelner, verschwindender Willensakt, ist nicht Äußerung eines einzelnen bestimmten Willensinhaltes. Sie ist weit mehr und ein begrifflich ganz anderes. Sie ist metaphysische Identifizierung der gesamten Willenssubjektivität, meiner gesamten Willenswesenheit mit einer anderen Willenssubjektivität. Dies ist der wahre Willensinhalt dieser Handlung. Dieselbe hat daher zu ihrem erschöpfenden Beweggrund einzig und allein den begrifflichen: die streng geschlossene, zwischen dem Wesen meiner und einer anderen Willenssubjektivität bestehende Beziehung. Ich setze eine andere Willenssubjektivität als identisch mit mir, weil ich sie als solche Willensgleichheit mit mir anschaue. Alle anderen einzelnen endlichen Beweggründe sind nicht mehr das Warum der Erbeinsetzung, sondern nur das Warum des Warum, nicht die causae, sondern die causae remotae derselben, und dürfen somit niemals als der erschöpfende Beweggrund dieser idealen Gleichung gelten. Der einzige einwirkende Irrtum im Beweggrund kann daher hier bei der Suität vorkommen, wenn ich jemand für schon identisch mit

mir halte, der es nicht ist, oder für nicht schon identisch halte, der es ist.

Als die Kaiser in den obigen zwei Fällen dem Irrtum im Beweggrund Einwirkung geben, tut sie somit nichts anderes, als daß sie anfangen, auch in dieser Hinsicht die Erbeinsetzung einem einzelnen Willensakt, dem Legat, resp. einem Vermögensgeben zu assimilieren, was, wie wir überall gezeigt haben, der konstante Verlauf der römischen Rechtsgeschichte ist.

Wenn also die Behandlung des Irrtums in der Erbeinsetzung und im Legat eine innerlich und begrifflich streng übereinstimmende ist, so hat sich jetzt eben solche Übereinstimmung zwischen der allgemeinen Behandlung des Irrtums im Beweggrunde im Rechtssystem überhaupt, wie wir sie im ersten Bande darstellten, und im Erbrecht gezeigt. Es verhält sich nicht so, wie Savigny sagt, daß dasselbe „singuläre Ausnahmen" jener Irrtumseinwirkung darstelle; es verhält sich nicht so, wie er gleichfalls sagt, daß daselbst die Einwirkung des irrigen Beweggrundes eine weitere sei. Nicht eine weitere, nicht eine engere, sondern genau dieselbe ist sie, ja in bezug auf die Erbeinsetzung müßte sie hier sogar scheinen, eine engere zu sein, ein Schein, den wir gleichfalls bereits aufgelöst haben.

Selbstredend aber erwächst aus dieser gegenseitigen Übereinstimmung unserer Theorie des Irrtums mit der des Erbrechtes jeder von beiden eine nicht geringe Bestätigung.

XXXVII. Die Identifikation seitens des Erben; Fortsetzung. Der Wahnsinnige und das Kind.

Wir kehren von diesen Exkursionen nunmehr zur Adition zurück. Wir haben gezeigt, daß und warum die Adition ohne jenes oben erörterte vorhergehende Wissen nicht stattfinden kann, resp. unwirksam bleiben muß. Deshalb nämlich, weil, um dies nochmals kurz zusammenzufassen, das, was eigentlich in der Adition vor sich geht, die geistige Identifizierung der Willenssubjektivität des Erben mit der des Erblassers ist, und dieser Prozeß natürlich also gar nicht vollbracht werden kann, wenn nicht zuvor der Wille des Erblassers und seine zu ihm, dem Erben, bestehende Beziehung für den Geist des Erben vorhanden, ihm bekannt ist. Wäre der Wille des Erblassers nicht für den Erben vorhanden, so würde Erbe wie Erblasser, selbst in dem Willensinhalt, worin sie etwa zufällig übereinstimmten, jeder bloß ein unmittelbar für sich seiender und für sich wollender Wille sein. Der Erbe hätte sein Fürsichsein nicht dazu bestimmt, Identität mit dem Fürsichsein des Erblassers zu sein, hätte sich also nicht als das identische Dasein und die Fortexistenz seiner Willenssubjektivität gesetzt.

Das Gesagte läuft also darauf hinaus, daß, wer Erbe sein will, sich zuvor durch diesen Prozeß der inneren Willensidentifizierung innerlich zum Erben machen muß.

Ist dem so, so folgt also hieraus mit Notwendigkeit, daß der Wahnsinnige, da dieser eben überhaupt kein geistiges Fürsichsein mehr ist und also diesen Prozeß nicht vornehmen kann, deshalb auch nicht Erbe werden und durch keines Tutors Aushilfe dazu in den Stand ge-

setzt werden kann. Marcellus[1]): „Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest etc." Aber natürlich kann dies nur von dem Wahnsinnigen gelten, der nicht suus oder necessarius, also Sohn oder Sklave des Erblassers ist[2]). Denn der suus und der necessarius braucht überhaupt kein Wollen und somit kein Wissen. Soweit freilich leuchtet dies ganz unmittelbar ein und hat seit je eingeleuchtet. Was aber die Hauptsache ist, ist dies nicht, wie stets geschieht, so aufzufassen, daß der suus oder necessarius vom Wollen oder Wissen ausgenommen, dispensiert sei. Dies wäre ganz unmöglich. Sondern es ist zu sagen, daß beim suus und necessarius Wollen wie Wissen schon ohne seine eigene Vermittelung unmittelbar vorhanden ist. Es ist dies ja auch gar nicht anders möglich. Denn der suus oder necessarius ist ja gar nicht selbst Subjekt und Träger seiner Willenssubjektivität, sondern hat dasselbe außer ihm, im Vater oder Herrn, der zugleich der Erblasser ist. In diesem also hat er sein Fürsichsein, in diesem will und weiß er, und die Identität ist daher schon vollzogen und bedarf nur deshalb keiner neuen vermittelnden Herstellung mehr, die bloß auf ein acta agere hinausliefe[3]). (Vgl. oben Nr. XXI fg.)

---

[1]) L. 63 de acqu. vel om. her. (29, 2); vgl. L. 7, § 3, C. de curat. fur. (5, 70).

[2]) Weshalb es an der eben angezogenen Stelle der Dig. sofort so weiter geht: „nisi si *necessarius patri aut domino heres* existat."

[3]) Wenn Justinian sagt (L. 7, § 2, C. l. l.): „Sin vero perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae *quasi debita* ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus," so ist es nur ganz natürlich, daß er

Man könnte also etwa sagen wollen, daß der Wahnsinnige (vom suus und necessarius nunmehr abgesehen) nicht fähig zur Erbschaft sei. Allein es liegt auf der Hand, wie ungenau und gedankenverwirrend diese Bezeichnung hier wäre. Denn was ihn hindert, ist nicht eine rechtliche Eigenschaft, sondern nur der bloß faktische Mangel jener inneren Tätigkeit, wie er ebensosehr bei dem vernünftigen Erben, der aber zufällig nicht weiß, hindernd stattfindet, wenn er auch bei diesem eben in zufälligen, bei jenem in natürlichen, eben deshalb aber für das Recht gleichfalls nur zufälligen Gründen beruht, wie denn auch dieser Mangel bei ihm auf eine ebenso zufällige und rein faktische Weise, durch Wiedererlangung der Vernunft, jederzeit wieder verschwinden könnte[1]). — Es ist von Interesse, dies hervor-

sich dies in einer den Begriffen seiner Zeit angemessenen Weise als eine „hereditas quasi debita," also durch Motive der Familienliebe usw., erklärt. Allein wie falsch diese Erklärung ist, ist am einfachsten damit bewiesen, daß ja auch, wie die L. 63 zeigt, der eingesetzte Sklave dasselbe Vorrecht hat, wie der suus, und bei ihm doch gewiß von keiner hereditas quasi debita die Rede sein kann! Es zeigt sich also hierin wieder unwiderleglich, daß alles im zivilen Erbrecht Wurzelnde lediglich aus der Strenge des spekulativen Begriffes, wie er sich hier durch seine Komplikation mit dem im Verhältnis der Personengewalt vorliegenden Begriff der Willensidentität gestaltet, herfließt und lediglich aus ihm erklärt werden kann, während von einem „Recht der Familienglieder", welches (siehe z. B. Böcking, Pandekten, I, 133, Note 8) die eigentliche Substanz des römischen Erbrechtes sein soll, wie wir dies nun schon so oft nachgewiesen haben, gar keine Rede ist.

[1]) Weshalb denn also auch keine Rede davon sein kann, daß das Testament wegen Einsetzung eines furiosus nichtig wäre. Vielmehr wird es auch nach streng zivilrechtlichen Grundsätzen wirksam sein, wenn der furiosus nur zur Zeit der Adition wieder geheilt ist.

zuheben, weil sich von hier aus der innere Fortgang zu der Verordnung des Justinian in den §§ 7 und 8 der L. 7 C. de cur. fur. ergibt. Nach derselben soll nämlich der Kurator des Wahnsinnigen vorläufig antreten und die Güter verwalten mit der Bestimmung, daß, wenn der Wahnsinnige vernünftig wird — und also in die faktische Lage kommt, jene Tätigkeit auszuüben, und die Erbschaft annimmt —, sie als eine ihm erworbene gelte, daß dagegen, wenn er im Wahnsinn stirbt oder, vernünftig geworden, sie ausschlägt, die Erbschaft als ihm niemals erworben betrachtet wird und an diejenigen gelangt, an die sie gelangt wäre, si non in medio erat.

Freilich ist auch hier wieder ersichtlich, wie sehr dabei die Anschauung des Erbtums als eines Vermögenserwerbes den zivilistischen Erbtumsbegriff in den Hintergrund gedrängt hat und nur dadurch der von Justinian ergriffene Weg möglich ist. Denn bei strenger Festhaltung des Erbbegriffes könnte der Kurator auch nicht einmal vorläufig antreten, da, solange der Erbe nicht weiß, die Erbschaft ihm — wir werden später sehen, warum — auch noch nicht einmal deferiert ist[1]).

Wenn aber der nicht Wissende, und darum auch der Wahnsinnige, nicht antreten kann, so müßte es als eine Forderung der Konsequenz erscheinen, daß auch der Unmündige nicht antreten könne. Denn sowohl als infans wie auch noch als impubes, der älter als sieben Jahre, fehlt ihm gleichfalls noch wie dem Wahnsinnigen dies: fürsichseiender Geist zu sein. Es fehlt ihm dies Fürsichsein der Vernunft aus einem Altersgrunde, somit gleichfalls, wie bei dem Wahnsinnigen, aus einem

---

[1]) Vgl. vorläufig Ulpian, L. 1, § 5, de succ. ed. (38, 10): „Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia *necdum delata* est," und Paulus, L. 90 pr. eod. tit.

natürlichen Grunde. Es scheint daher, daß beide, das Kind wie der Wahnsinnige, nur ganz gleichmäßig zu behandeln sein müßten. Gleichwohl kann der Unmündige unter Assistenz des Tutors antreten. Und vielleicht könnte man in der Tat meinen, daß hier der einzige Punkt wäre, wo sich das Zivilrecht eine Abweichung von jener unerbittlichen Konsequenz des spekulativen Begriffes aus Billigkeitsrücksichten gestattet habe. In Paulus wenigstens lebt noch genug von jener rigorosen Strenge des zivilrechtlichen Geistes, um ihm dies als eine solche Abweichung erscheinen zu lassen. Er sagt, indem er selbst auf diesen Vergleich zwischen dem Unmündigen und dem Wahnsinnigen gerät[1]: „Pupillus, si fari possit, licet hujus aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat, quamvis non videtur *scire* hujusmodi aetatis puer — neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, *non magis quam furiosus* — tamen cum tutoris auctoritate, hereditatem acquirere potest; *hoc enim favorabiliter iis praestatur.*" Die letzten hervorgehobenen Worte zeigen deutlich genug, daß Paulus dies als eine nicht im Geiste des Zivilrechtes liegende äußerliche Hilfe und beneficium betrachtet[2].

Es verhält sich dies jedoch nicht ganz so. Ein Unterschied ist allerdings zwischen Kind und Wahnsinnigen. Das Kind wird eines Tages Vernunft haben, was vom Wahnsinnigen nicht gilt. Das Kind ist also in der Tat geistiges Fürsichsein, aber nur erst noch im Keime.

---

[1]) L. 9 de acqu. vel om. her. (29, 2).

[2]) Vgl. Paulus, L. 32, § 2, de acqu. poss. (41, 2): „Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam *judicium infantis suppletur* auctoritate tutoris; *utilitatis enim causa* hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem."

Es ist das Ansich eines fürsichseienden Geistes. Der Wahnsinnige aber, gerade weil er bereits ein Fürsichsein gewesen ist und dies verloren hat, hat es nunmehr überhaupt verloren und erlangt es durch keine normale und notwendige Entwickelung mehr zurück. Er ist also nur noch ansichseiender Geist, Geist an sich, aber nicht mehr das Ansich eines Fürsichseins. Sehr gut trifft diesen Unterschied Alciatus[1]: „Quapropter et *infanti* proprie dicitur delata (hereditas) qui, quamvis ignoret, tamen *praesumitur, quod factus adultior sciet;* at *furiosus* nec scit *nec sciturus praesumitur,* unde illi non pleno jure, sed miserationis causa ratione fructuum providetur." Deshalb kann also der Unmündige antreten, aber es kann deshalb nicht der Tutor für ihn antreten, sondern er muß es selbst unter Assistenz des Tutors[2], welcher nur die Ergänzung[3] seines an sich vorhandenen Fürsichseins darstellt. Wie dies überhaupt die Bedeutung des Tutors ist, äußerlich die in dem Unmündigen nur als Anlage immanente, aber noch nicht zum Fürsichsein gelangte Vernunft darzustellen, so bildet er zusammen mit dem Tutor ein wahrhaftes geistiges Fürsichsein.

XXXVIII. Die Delation und das Wissen.

Aus der bisherigen Erörterung über das zur Adition erforderliche Wissen ergibt sich nun erst die innere Auflösung eines fast komischen circulus vitiosus, in welchem

[1]) Comm. in ff. tit. de verb. sign., II, 1023 (ed. Francof. 1617).

[2]) Bis Theodosius dies ändert, L. 18 C. de jur. del. (6, 30).

[3]) Judicium infantis *suppletur* auctoritate (wofür besser noch gesagt wäre *judicio)* tutoris; s. Note 2 auf S. 481.

sich die Juristen unbewußt über die Delation und Adition der Erbschaft bewegen.

Fragt man nämlich, wann kann die Adition der Erbschaft erfolgen, so geben die Juristen zur Antwort: Wenn die Erbschaft deferiert ist. Und in der Tat kann keine andere juristische Antwort gegeben werden. Denn der erfolgte Tod des Testators reicht durchaus noch nicht hin, um antreten zu können. Die Erbeinsetzung kann bedingt, kann substitutarisch sein; die Frau kann sich für schwanger halten usw. Kurz, eine Reihe objektiver Umstände kann die Wirkung haben, daß trotz des erfolgten Todes die Delation noch nicht erfolgt ist, und es beruht also auf guten Gründen, daß auf die Frage, wann kann die Adition erfolgen, geantwortet werden muß: Dann, wenn die Delation erfolgt ist. Ulpian[1]): „Sed ita demum pro herede gerendo acquiret hereditatem, *si iam sit ei delata.*" Fragt man aber nun weiter: Und wann ist die Delation erfolgt, so erhält man von den Juristen zur Antwort: wenn die Adition erfolgen kann[2]). „*Delata* hereditas intelligitur, quam quis possit *adeundo consequi.*"

Ein offenbarerer circulus vitiosus, bei dem man sich gleichwohl harmlos zufrieden gibt, kann also wohl schwerlich in irgendeiner Wissenschaft gefunden werden.

Allein die Auflösung und der Ursprung dieses Zirkels muß sich jetzt aus den früheren Erörterungen von selbst ergeben.

Werfen wir, um dies ganz deutlich hervortreten zu sehen, zunächst die folgende Frage auf: Ohne das Wissen des Erben kann, wie wir sahen, die Adition nicht wirksam stattfinden. Kann man aber so weit gehen, zu sagen, daß ohne jenes Wissen auch die Delation

[1]) L. 21, § 2, de acq. her. (29, 2).
[2]) L. 151 de verb. sign. (50, 16).

nicht einmal erfolgt sei, die Erbschaft also dem Erben, solange er nicht weiß, auch noch nicht deferiert ist? Alciatus behauptet dies (a. a. O., Note 1 zu S. 482). Die Meinung dagegen ist die entgegengesetzte, daß das Wissen des Erben nur zur Adition gehöre, nicht aber zur Delation der Erbschaft an ihn[1]). Und es läßt sich nicht verkennen, welche unwiderlegliche Verstandesgründe hierfür sprechen. Die Delation soll ja eben dem Erben gegenüber die objektive Seite der eingetretenen Erbschaft bezeichnen, das seitens des Erblassers und resp. der objektiven Rechtsnormen erfolgte außerhalb des Erben liegende Angebot der Erbschaft an ihn; sie kann also die subjektive eigene Tätigkeit des Erben, sein Wissen und Tun, nicht als Requisit in sich einschließen. Ja, dies Wissen selbst des Erben soll ja gerade darin bestehen: die Delation der Erbschaft zu wissen, z. B. Donellus[2]): „Generales conditiones tres sunt, quibus voluntate acquiri hereditas potest; prima ... secunda, si heres *sibi delatam sciat*"; oder z. B. Savigny, der das erforderliche Wissen des Erben als ein Wissen „über die Art der Delation" definiert[3]). Das Wissen setzt also hiernach die Delation schon als seine eigene Voraussetzung und seinen Gegenstand voraus, und es kann somit

1) Siehe Heise und Cropp, Jur. Abhandlungen, II, 123 fg.

2) Comm., lib. VII, c. IV, p. 293, und c. V, p. 295: „Non est satis ita delatam hereditatem esse, ut acquiri possit; altera conditio est, ut *sciat* heres extraneus *sibi delatum.*" Die Juristen beziehen sich hierbei stets, wie auch Donellus daselbst, auf die Inst., § 7 de her. qual. (2, 19). Dort ist aber keineswegs dasselbe gesagt; denn dort wird nicht von Delation gesprochen, sondern es heißt nur „dummodo *sciat* ... *se ei heredem esse*".

3) Siehe oben in der Note zu S. 440.

nicht wieder die Delation jenes Wissens voraussetzen, ohne daß der trostloseste Zirkelgang vorläge.

So unangreifbar dies nun auch vom Verstandesstandpunkt wäre, so irrig ist es gleichwohl, da im Erbrecht überall der spekulative Begriff das Herrschende ist, vor welchem die abstrakte Trennung und Unterscheidung jener beiden Momente, der Delation und des Wissens, sich nicht behaupten kann. Es muß dies aber auch bereits durch die bisherigen Entwickelungen evident geworden sein. Denn wir haben bereits oben (Nr. XXXIV) als das Gesamtresultat jenes zur Adition erforderlichen Wissens eben dieses nachgewiesen: daß der zum Erbtum Berufene sich zuvor innerlich zum Erben, zur Willensidentität mit dem Erblasser, selbst machen muß, ehe er realiter antreten kann. Der Erbe ist es also selbst, der durch sein inneres Fürsichsein die Sache in die Lage bringt, daß er antreten kann; er ist es selbst, der sich die Möglichkeit des Erwerbes der Erbschaft erst selber bereitet; er ist es in letzter und entscheidender Instanz somit selbst, der sich die Erbschaft deferiert.

Wie der Angerufene nur dann ein wirklich Angerufener ist, wenn er vernommen hat, dies Hören aber ein Akt der inneren physiologischen Tätigkeit des Hörenden selbst ist, so ist die Erbschaft nur dann für den Erben vorhanden, nur dann ihm deferiert, wenn sie eben in sein Fürsichsein eingetreten ist. Denn im Erbtum handelt es sich ja eben nicht um eine Sache, die auch ohne Wissen — z. B. ex lege oder durch Vindikationslegat (s. oben Nr. XV) — sogar erworben werden kann[1]), sondern es ist nichts Geringeres, als die

[1]) Daß die per vindicationem legierte Sache auch ohne Wissen des Legatars ihm jedenfalls schon angeboten ist,

geistige Identität des Fürsichseins selbst mit einem anderen Fürsichsein, die zustande kommen soll, und die eben deshalb, weil der Gegenstand der Offerte hier der Austausch und die Gleichsetzung des Fürsichseins selbst ist, erst dann dem Erben angeboten ist, wenn dieser Wille des Erblassers an das Fürsichsein des Erben herangetreten und für dasselbe geworden ist. Wie es in dem testamentum per aes et libram in seiner alten Gestalt — welches Testament, wie wir sahen (Nr. VIII), nichts anderes als das entwickelte Gesetztsein aller Momente der Testamentsidee in der formellen Handlung des Testamentsaktes darstellt — gar nicht einmal möglich wäre, zu testieren, ohne das Wissen des wahren Erben (des familiae emptor); wie dieser also als Mitfungierender es ist, welcher dem Testator das Testieren erst ermöglicht: so wird nun in der späteren Gestalt des Testamentes diese geschlossene Gleichzeitigkeit der Handlung in der Form zwar entzweigerissen, aber von den Momenten der Idee, die in jener Form vorlagen, fällt keins hinweg, und sie verlangen daher jetzt als inhaltliche Momente ihre nunmehr zeitlich auseinanderliegen könnende Erfüllung, damit eine Delation des Erbtums erfolgt sei. Und darum ist jetzt das Wissen des Erben, das Präsentwerden des erblasserischen Willens für ihn erforderlich, damit Delation vorhanden sei.

Erst der Erbe selbst ist es also, der durch sein Wissen die Delation der Erbschaft bewirkt und die Sache in die Lage bringt, daß er antreten oder repudiieren kann. Alciatus hat daher ganz recht, daß das

---

geben auch die Prokulejaner zu (siehe a. a. O.), und so zeigt sich hier wieder in scharfem Nebeneinander der Unterschied zwischen dem Willenserbtum und dem Vermögensvermächtnis.

Wissen des Erben für das Dasein der Delation notwendig ist. Und wie dies mit unabweislicher Evidenz aus dem spekulativen Begriffe folgt, so zeigen es ebenso unumstößlich die positiven Beweisstellen, vor allem die bedeutungsvollen, schon oben (S. 480, Note 1) angezogenen Worte Ulpians, daß die Erbschaft des Wahnsinnigen nicht nur nicht angetreten werden könne, sondern ihm sogar noch nicht deferiert sei (quia *necdum delata est*, weshalb sie auch nicht ausgeschlagen werden kann). Und ebenso die gleichfalls bereits bezogene L. 151, welche die Delation erst dann für eingetreten erklärt, wenn der äußere Aditionsakt, dem, wie wir zeigten, das Wissen ideell vorhergehen muß, bereits eintreten kann.

Dies Resultat, daß es erst der Erbe selbst ist, welcher die Delation der Erbschaft an sich hervorbringt, ist ein höchst bedeutsames, und mit dem Geiste unserer gesamten Darstellung in tiefster Übereinstimmung stehendes. Es zeigt, wie im höchsten Maße der Erbschaftserwerb ein überall nur aus der eigenen Willensaktion des Erben entspringender ist, wie er nicht nur die Wirklichkeit des Erwerbes (Adition), sondern auch die Möglichkeit des Erwerbes (Delation), die ihm äußerlich nur vom Erblasser dargereicht zu sein scheint, vielmehr sich selbst darreicht und seinem eigenen Fürsichsein verdankt. Und dies kann nicht wundern, daß bei einem Erwerb, der gerade darauf gegründet ist, daß er Willensidentität mit der Willenssubjektivität des Erblassers ist, sein Wille als Subjekt der ganzen Bewegung erscheint[1]).

---

[1]) Was auf den Erblasser allein kommt, getrennt vom Erben, ist nur dies, daß er dem Erben die Delation möglich macht. — Und mehr kann ja in der Tat auf den toten Willen,

Freilich, wenn wir sagen, der Erbe bringe erst durch sein Wissen die Delation der Erbschaft hervor, so scheinen wir immer rettungslos in den obigen Kreislauf zu verfallen. Denn dies Wissen scheint eben nur das Wissen davon zu sein, daß ihm die Erbschaft deferiert ist, setzt also immer die Delation, die es erst hervorbringen soll, voraus. Allein der Schein dieser Zirkelbewegung liegt jetzt nur noch an dem juristischen Terminus: Erbschaft, und verschwindet, sowie man diesen in die Sprache des Begriffes auflöst. Denn dann wird der Satz vielmehr heißen: Der Erbe bringt durch sein Wissen davon, daß der einseitige Wille des Erblassers sich zur Willensidentität mit ihm bestimmt hat, die Delation der hereditas und alles von ihr Dependierende sich hervor: er bringt erst durch sein Wissen, daß der Erblasser geistige Identität mit ihm sein will, die Möglichkeit für seinen eigenen Willen hervor, geistige und also bewußte Identität mit jenem zu sein. Und so gefaßt ist der Satz ebenso klar wie ohne jeden Zirkel. — Durch das Vorstehende hat sich nun aber auch jener zuerst berührte Zirkel bei der Frage nach der Delation und Adition ebenso aufgelöst, als in seinem Ursprunge erklärt. Er entspringt einfach daraus, daß man mit dem einfachen Ausdruck der Adition das Ganze der Willenshandlung des Erben zu belegen, und dennoch nur an ihren äußerlichen Akt, die solennelle Erklärung, zu denken pflegt, in dieser Adition selbst aber, damit ihr äußerer

---

der nach dem Tode, also zu einer Zeit, wo er an sich nicht mehr existiert und wollen kann, fortgesetzt sein will, nicht kommen, als daß er einem geltenden Willen den Anstoß zu der Erwägung gibt, ob er ihn fortsetzen will oder nicht. Er für sich allein also ruft oder beruft nur, aber deferiert noch nicht.

Akt wirksam eintreten kann, wie wir oben zeigten, ein innerlicher Prozeß und eine innere Tätigkeit seitens des Erben vorhergeht und vorhergehen muß, welche das Wissen und somit die Hervorbringung der Delation erst in sich enthält. Delationswirklichkeit und Aditionswirklichkeit sind daher absolut identische Momente des Begriffes, die nur in ihrer juristischen Verstandestrennung als unterschieden, als ein Vorher und Nachher erscheinen können. Auf die Frage, wann die Delation da ist, wie auf die Frage, wann die Adition eintreten kann, wird es daher nur die eine begriffliche Antwort geben: wenn der Erbe die Willensbeziehung des Erblassers auf ihn als eine zur kontinuierenden Identität mit seiner Willenssubjektivität berechtigende, und zwar in der genauen qualitativen Bestimmtheit dieser Willensbeziehung, weiß[1]). Die Frage nach dem einen, wie nach dem anderen Zeitpunkt wird daher auch in ihrer juristischen Beantwortung stets absolut zusammenfallen müssen, eine Identität, die aber erst dann begriffliche Identität statt sinnlosen Zirkels ist, wenn man eben begreift, wie es das eigene Fürsichsein des Erben ist, welches erst die Delation hervorbringt.

---

[1]) Es liegt aber jetzt auf der Hand, weshalb die von Savigny (siehe oben S. 484, Note 3) und anderen gegebene Definition des zum Erbtum notwendigen Wissens: es bestehe in dem Wissen über die Art der Delation, gänzlich unzulässig ist, da die Delation selbst erst durch das Wissen zustande kommt.

XXXIX. Das jus adeundi. Die Transmission. Das SC. Silanianum. Das karbonianische Edikt. Die transmissio theodosiana und justinianea.

Aus dem, was wir bisher über die Adition entwickelt haben, ist jetzt nun zugleich die innere Notwendigkeit ersichtlich, weshalb nach römischem Recht der Erbe die noch nicht angetretene Erbschaft (also das bloße jus adeundi) auf seine Erben nicht transmittiert und unmöglich transmittieren kann[1]). Denn er ist noch gar nicht Erbe, solange er sich nicht durch den dargelegten innerlichen, in der Adition vor sich gehenden Willensprozeß zum Erben gemacht hat, und es ist nur ein uneigentlicher und verwirrender Sprachgebrauch, vor dieser entscheidenden Entschließung, die ihn erst als Erben, als Willensidentität mit dem Erblasser hervorbringt, ist durch Antizipation einen Erben zu nennen. Was fehlt, solange die Adition fehlt, ist nicht ein äußerer Akt, eine Erklärung, die dann etwa durch den Sukzessor seiner Rechte nachgeholt werden könnte, sondern es fehlt jetzt das Substantielle selbst, worauf dies Recht des äußeren Antretens beruht; denn es fehlt dies, daß er sich zur inneren Identität mit der Willenssubjektivität des Erblassers bestimmt und gemacht hat, es fehlt also das, ohne was der Erbe selbst, wenn er lebte, nicht antreten könnte. Wäre das Erbtum in einem Wesen ein Vermögenserwerb, so könnte es, da die Vermögensrechte auf die Erben übergehen,

---

[1]) L. un. C. § 5 de cad. toll. (6, 51) „... hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant nec nos patimur."

logisch sein, daß des Erben Erben antreten können. Allein da dies supranaturalistische Institut, weit entfernt ein solcher Vermögenserwerb zu sein, vielmehr nur die Perpetuierung der Willenssubjektivität des Erblassers dadurch, daß sich der Erbe mit derselben identisch und sie als die seinige setzt, zu seinem Wesen hat, wovon dann der Vermögenserwerb nur die notwendige und sekundäre Folge ist, so kann hiervon nicht die Rede sein. Denn die Sache steht nun so, daß der vom Erblasser zur Willensidentifikation mit ihm Berufene diese Identifikation seinerseits nicht vollbracht, sich nicht zur Willensidentität mit ihm bestimmt hat, und des Erben Erben dies nicht können, weil sie vom Erblasser nicht als Willensidentität mit ihm gesetzt sind. Die Sache liegt also für die Erben des Erben wesentlich und ganz so, wie sie auch für jeden anderen beliebigen Nichterben liegen würde. Freilich war der Rechtsvorgänger jener zum Erbtum berufen, und hätte sich also zur Willensidentität mit dem Erblasser machen können, wenn er nur gewollt hätte, oder noch lebte. Aber ebenso könnten dies alle anderen Menschen auch, wenn sich nur der Erblasser zur Willensidentität mit ihnen bestimmt hätte. Für den Begriff, und darum auch für das Recht, wiegen sich diese beiden bloßen Möglichkeiten vollkommen auf; welcher der beiden Willen auch zur Herstellung der Willensidentität fehlt, das Erbtum ist in beiden Fällen gleichmäßig nicht zustande gekommen, und das Verhältnis des ersten Erblassers zu des Erben Erben ist daher kein anderes, als das zu allen Menschen überhaupt.

Von hier aus ist nun beiläufig auch erst in seiner innersten Tiefe klar, warum (vgl. B. I, S. 705—722) im römischen Recht bei der Erbschaft von einem erworbenen Rechte vor der Adition nicht die Rede sein

kann[1]), und daher jeder vor derselben eintretende Rechtswechsel ebenso wie die faktische Veränderung des Todes einwirken muß.

Das Prinzip also, daß nach römischem Erbrecht die Erben nicht transmittieren, heißt mit anderen Worten gar nichts anderes, als daß ohne Adition kein Erbtum ist. Und dieser Grundsatz ist, wie wir gesehen, so sehr das innerste Fundament alles römischen Erbrechtes, daß dasselbe ohne ihn eine absolute Unmöglichkeit, ein völlig um seinen Begriff gekommenes Institut wäre. Er durchdringt das gesamte römische Erbrecht und gleichmäßig, weil zum Erbtum überhaupt erforderlich, Testaments- wie Intestatrecht, und zwar so sehr, daß er auch beim suus nicht fortfällt. Denn auch bei ihm ist die Adition, resp. das, was durch sie gesetzt wird (Willensidentifikation), nicht etwa überhaupt nicht erforderlich, sondern sie ist es nur deshalb nicht mehr, weil sie bei ihm schon vorliegt, schon stattgefunden hat durch den Akt des Eintretens in die Familie, deren ungelöstes Glied er ist, durch die Geburt (s. oben S. 313fg.).

Dennoch wird die Autorität der Juristen die Transmission zuerst in gewissen Fällen, dann durch die Konstitutionen der Kaiser bei gewissen Personen, endlich durch eine Verordnung Justinians in gewisser Weise bei allen Erben eingeführt. Dies scheint dem eben Gesagten zu widersprechen. Denn es würde hierdurch scheinen, im Laufe der historischen Bewegung dahin gekommen zu sein, daß das Prinzip der Adition aufgehört habe, die Grundlage des Erbtums zu sein. Dann aber würde das römische Erbrecht fortan nur noch ein wirrer und sinn-

---

[1]) Speziell über das Intestaterbrecht in dieser Hinsicht siehe sub Nr. XL..

loser Widerspruch gegen sich selbst gewesen sein. Eine solche Veränderung konnte selbst zur Zeit Justinians nicht möglich sein. Wir haben vielmehr bisher überall gezeigt, daß durch alle historische Entwickelung und durch alle allmählich in dieser vor sich gehende Entäußerung seines ursprünglichen spekulativen zivilrechtlichen Begriffes hindurch, und selbst bis in die Umwandlung hinein, die das Erbrecht unter Justinian erfährt, immer noch ein, wenn auch immer dünnerer Zusammenhang mit dem spekulativen Begriff des zivilen Erbrechtes bewahrt wird; daß derselbe in dieser historischen Bewegung ebenso Schritt für Schritt aufgehoben, als noch festgehalten wird. Das Prinzip der Adition aufgeben, im Sinne des Verstandes, würde nichts anderes geheißen haben, als alles römische Erbrecht aufheben. Es war dies für das römische Recht unmöglich, solange die römische Welt auch nur den leisesten und entferntesten Zusammenhang mit ihren geistigen Traditionen bewahrte, solange dies Recht nicht radikal in einen anderen Volksgeist überging.

Es wird daher unsere letzte Aufgabe sein müssen, übereinstimmend mit dem, was wir bisher stets an den verschiedenen Instituten und Sätzen des Erbrechtes in bezug auf die historische Entwickelung desselben nachgewiesen haben, auch hier wieder zur Darstellung zu bringen, wie sich das, was sich uns als der Begriff der Adition ergeben hat, und was also den Grundsatz der Nichttransmission hervorbringt, durch alle Zulassungen der Transmission hindurch und bis in die justinianeische Verordnung hinein prinzipiell, wenn auch in mählich erblassender Lebendigkeit immer noch festgehalten wird.

In den Digestenstellen, in welchen die Transmission zugelassen wird, ist dies Festhalten des begrifflichen Prinzipes noch in aller Kraft vorhanden und völlig evident.

Der erste Fall ist derjenige des SC. Silanianum. Wenn der Testator ermordet worden, so zeigt sich die innere und wahre Identität der Willenssubjektivität des Erben mit ihm gerade darin, daß der Erbe vor allem zur Rache seines Mordes eilt[1]).

Das SC. Silanianum bestimmt daher, daß die Eröffnung der tabulae und die Antretung der Erbschaft (s. Nr. XXX) nicht stattfinden kann, bis an den Sklaven, die mit dem Ermordeten unter einem Dache waren, die peinliche Frage vollzogen und die Schuldigen bestraft worden[2]). Ja, das Edikt sagt sogar, daß der Erbe sich eines dolus malus schuldig mache, der früher zur Eröffnung der Tafeln schreitet. Wie hier, wo man zunächst nur an eine culpa denken sollte, von einem dolus die Rede sein kann, würde schlechthin unbegreiflich sein, wenn es nicht seine Erklärung in dem oben (Nr. XXXV) über den Erbdolus Entwickelten in Verbindung mit dem soeben Gesagten fände. Denn der Erbe, der an sich und seine Antretung denken würde, ehe jene pflichtmäßige Untersuchung und Strafe an den schuldigen Sklaven vollzogen ist, würde eben zeigen, daß er sich durchaus **nicht identisch** mit dem Erblasser fühlt. Er würde somit zeigen, daß er nur Vermögensnehmer des Toten, nicht aber, wofür er sich ausgibt, Willensidentität mit ihm und seinem um Rache schreienden Blute ist; er würde also gerade das begehen, was wir oben als das Wesen des Erbdolus nachgewiesen haben. Das wahre Wesen des Erben erfordert hier also gerade, daß die Adition solange

---

[1]) Marcianus, L. 15, §§ 1 u. 2, de SC. Silan. (29, 5): „Heredibus autem qui in ulciscenda morte defuncti cessaverunt, tam testamento quam ab intestato auferuntur bona, forte et si quasi patronus venit, quamvis hi suo jure admittuntur."

[2]) Ulpian, L. 3, § 18, de SC. Silan. (29, 5).

unterbleibt. Wenn nun aber der Erbe in dieser Zwischenzeit gleichfalls stirbt? Wenn es feststeht, daß es nur wegen des SC. Silanianum die Antretung nach dem Vorigen unterlassen hat, so hat er in diesem Falle gerade durch diese einstweilige Unterlassung der Adition und seines mit ihr gegebenen persönlichen Erwerbes sich eben als echten Erben, als echte Identität mit dem Erblasser gezeigt und betätigt, wie sonst durch die Adition selbst. Darum transmittiert er in diesem Falle. Und dennoch soll er selbst in diesem Falle, da es zu jener formellen Identifikation, die vorzunehmen er diesmal gerade durch den inneren Begriff des Erbtums gehindert wurde, nicht gekommen ist, nur utiles actiones, nicht direkte erhalten[1]: „Eleganter Scaevola ait, ut quis ad heredem suum *utiles* actiones *transmittat*, si forte ante aditionem decessit, exploratum esse debere *idcirco* eum non adire, quod senatusconsulto Edictoque terreatur." Wie wenig dies aber etwa in dem Sinne einer bloßen Billigkeit zu nehmen ist, zeigt sich sofort darin, daß, wenn außer diesem Hindernis noch ein anderes zeitweiliges Hindernis der Adition obwaltete, z. B. wenn die hinterlassene Frau des Ermordeten fälschlich für schwanger gehalten wurde, der Erbe nicht transmittiert[2]).

Würde nämlich, wie man dies allerdings allgemein hat auffassen wollen, die Transmission hier nur deswegen zugelassen, weil der Erbe durch das positive *jus* selbst an

---

1) Ulpian. L. 3, § 30 h. tit. (29, 5).

2) § 32 l. l.: „Si et *aliud* impedimentum sit de non adeunda hereditate, vel aperiundarum tabularum, sit et senatusconsulti, nihil prodesse impedimentum senatusconsulti, si et aliud fuit, veluti si praegnans uxor occisi fuit, vel etiam putabatur, et propterea adire hereditatem institutus non potuerit"; vgl. Papinian, L. 4 eod. tit.

der Adition gehindert ist und hierunter nicht leiden soll, so würde diese Billigkeit auch dann Platz greifen müssen, wenn neben diesem Hindernis noch ein anderes und gleichfalls vorübergegangenes bestanden hat. Denn was könnte für jene Billigkeit darauf ankommen, ob der Erbe in einer Zeit, in welcher er trotz alles Wissens durch das jus an der Adition gehindert war[1]), wußte, ob die Frau nicht schwanger war? Allein, wenn ein solches Hindernis konkurrierte, so hat sich der Erbe auch gar nicht innerlich als Erben gewußt, und die Nichtadition kann also hier auch nicht als die Betätigung jener entscheidenden Erbgesinnung, als Darlegung jener die äußere Adition zurückdrängenden inneren substantiellen Identität ausgegeben werden, als welche sie bei den bloß durch das SC. gehinderten Erben ausgelegt wird.

Nach dem Karbonianischen Edikt kann der testamentarische Erbe, der den unmündigen präterierten filius als untergeschoben bestreitet, die bonorum possessio secundum tabulas inzwischen nicht begehren, dieselbe wird vielmehr contra tabulas dem filius erteilt und die Entscheidung des Rechtsstreites bis zur Zeit der eingetretenen Mündigkeit ausgesetzt[2]). Wenn nun der geschriebene Erbe während dieser Zeit stirbt, so soll — entscheidet Papinian — seinen Erben dennoch die Transmission eingeräumt werden[3]). Hier scheint bloße Billigkeit, damit das stattfindende Rechtshindernis nicht zum Schaden gereiche, vorzuliegen. Gleichwohl unterläßt Papinian selbst nicht in

[1]) Es könnte darauf ebensowenig ankommen, als es darauf ankommt, ob der von einer objektiven Bedingung abhängig gemachte Erbe vor dem Eintreffen der Bedingung vom Testament und der Bedingung weiß.

[2]) L. 1; L. 3 de Carb. Ed. (37, 10); L. 2 de b. p. sec. tab. (37, 11).

[3]) L. 12 de Carb. Ed. (37, 10).

dem Schlußgrunde, den er dafür angibt, auf den tieferen Zusammenhang hinzudeuten: „Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem jure cessante, vel ob litem in dubio constituti? Er reduziert also diesen Fall auf den anderen, daß die Adition wegen eines bereits im Laufe befindlichen Rechtsstreites gehemmt ist. In der Tat ist dies aber gar kein anderer Fall, sondern es ist jener Fall selbst, der hier in Sprache steht. Der Rechtsstreit mit dem unmündigen angeblichen Sohn hat der Sache nach bereits begonnen, nur daß er mit einer Fristerteilung für letzteren beginnt. Wer aber einen Rechtsstreit über die Adition führt, zeigt dadurch sehr entschieden, daß er sich innerlich als Erben auffaßt und betätigt. Es ist wieder nur eine andere äußere Weise, die innerliche Willensidentifikation, die, wie wir zeigten, das allein Wirksame und Lebendige und das Erbtum Produzierende im Aditionsakt ist, an den Tag zu legen. Es wird daher selbstredend erforderlich sein, daß der Erbe, um transmittieren zu können, auch wirklich weiß, daß der Sohn untergeschoben ist, was Papinian stillschweigend voraussetzt. Denn ohne dies entschiedene Wissen würde der Erbe auch sich nicht als Erben wissen und in seiner Willensinnerlichkeit dazu machen und als solchen festhalten können.

Daß dies wirklich die stillschweigende Voraussetzung Papinians ist, ergibt sich schon daraus, daß, wenn die hinterlassene Frau schwanger zu sein behauptet, der eingesetzte fremde Erbe nicht antreten kann, wenn er nicht weiß, daß die Frau nicht schwanger ist, in welchem Fall er es allerdings kann[1]). Wie also, wenn nun

[1]) Siehe L. 30, § 1, de acqu. her. (29, 2), u. oben S. 419 fg. darüber, und Papinian selbst in der bald zu beziehenden L. 84 eod. tit.

dieser eingesetzte fremde Erbe während der angeblichen Schwangerschaft der Frau stirbt und der Leib sich darauf als leer erweist? Wird der Erbe auch in diesem Falle transmittieren? Er wird es nicht[1]), und es tritt wieder hier hieraus, wie wenig die Transmission aus der sogenannten Billigkeit zu erklären ist. Es wird sich schwerlich als eine Billigkeit darstellen, daß der Erbe gerade durch die billige Beachtung eines möglichen präterierten postumus, also gerade durch die Beachtung eines möglichen Familienrechtes des Erblassers, sein Erbrecht verlieren soll. Aber der spekulative Begriff schlägt durch, da durch jenen Zweifel der Erbe gehindert war, sich zur entschiedenen Willensidentifikation mit der Willenssubjektivität des Erblassers zu entschließen. Aber einen Fall gibt es dennoch, wie Papinian entscheidet, in welchem der während der Ungewißheit über die Schwangerschaft der Frau sterbende Erbe transmittiert. Und dieser Fall läuft darauf hinaus, wenn der eingesetzte Erbe zugleich auch als Intestaterbe des Verstorbenen mit dem etwa präterierten postumus geerbt hätte[2]): „Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est[3]).

[1]) L. 3, § 32 (29, 5).

[2]) L. 84 de acqu. vel om. her. (29, 2); vgl. L. 4, § 3; L. 5 de b. p. contra tab. (37, 4).

[3]) Bis hierher spricht Papinian von einem filius, welcher der suus des Erblassers ist, und ès kann dies vielleicht auffällig scheinen, weil ja der suus, da er eo ipso ohne Adition erwirbt, immer transmittiert, oder, richtiger gesagt, niemals transmittiert, da er stets die Erbschaft als eine schon erworbene auf seine Erben überträgt. Diese scheinbare Schwierigkeit aber beseitigt sich dadurch, daß hier von dem

Eademque ratio facit, ut *emancipato quoque* subveniri debeat, qui *alterutro casu* rem omnimodo habiturus est." Worauf gründet sich nun aber dieser scheinbare Vorzug der gleichzeitigen Intestaterbqualität? Es muß nach dem Vorigen schon ganz evident sein, daß dies gar kein Vorzug des Intestaterbrechtes ist, sondern die Sache vielmehr folgenden mit dem Vorhergehenden genau übereinstimmenden begrifflichen Zusammenhang hat: Wer eben so erben würde, wenn kein postumus geboren wird, als mit diesem zugleich, wo durch seine Geburt das Testament rumpiert wird und Intestaterbschaft eintritt, der ist sich, weil er eben auf alle Fälle erbt (alterutro casu), nicht mehr ungewiß über seinen Erbcharakter, ist also

---

Falle eines präterierten postumus gehandelt wird, in welchem Falle, da durch seine Geburt das Testament fortfiele, die Erbschaft bis zur Entscheidung auch nicht einmal deferiert wird (Papinian, a. a. O.: „quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas"), ohne Delation aber auch der suus nicht erwerben kann. Stirbt nun inzwischen der suus und wird kein postumus geboren, so hat sich freilich herausgestellt, daß er der Erbe war. Wird aber ein postumus geboren, so kann gegen den suus eingewendet werden, daß er, da er zu der Zeit, wo es gewiß wurde, daß der Erblasser als intestatus gestorben ist, nicht mehr lebt, aus der erst nach seinem Tode eingetretenen Intestatdelation nicht mehr erben kann. Dies wird nun eben von Papinian in der oben weiter erklärten Weise durch die Bemerkung beseitigt, daß der suus auf alle Fälle Erbe war, sein Erbtum auch für jeden derselben festgehalten hat, weshalb ihm im letzteren Falle die Transmission eingeräumt wird. Denn es ist genau unterscheidend festzuhalten, daß dieser Fall — der vor der später erfolgten Geburt des präterierten postumus eingetretene Tod des suus — der einzige ist, in welchem der suus die Erbschaft nicht als erworbene vererbt, sondern bloß das Recht auf dieselbe transmittiert.

nicht gehindert, sich als Willensidentität mit dem Erblasser festzuhalten. Nur über die bloße Tatsache, ob ein postumus geboren werden wird, nicht aber darüber, ob er Willensidentität mit dem Erblasser ist, ist er im ungewissen. Nur über seine Erbportion — die aber (s. oben S. 424fg.) nur das dem spekulativen Begriff schlechthin Äußerliche und Gleichgültige ist —, nicht aber über sein Erbtum ist er in Zweifel. Da er sich also jedenfalls innerlich als Willensidentität mit dem Erblasser festhält, somit die eigentlich geistige Tätigkeit und Bedeutung des Aditionsaktes ausübt, und nicht die Entscheidung über sein Erbtum, sondern bloß die quantitative Feststellung seiner Erbportion abwartet, so transmittiert er. Und es transmittiert daher auch der emanzipierte Sohn, seitdem ihm einmal das Intestaterbrecht zugleich mit dem suus eingeräumt ist. — So tritt schon in dieser Entscheidung Papinians das Wissen seines Erbtums für sich allein als die das Erbrecht dem Erben zu eigen machende (erwerbende) und daher transmittierende Tätigkeit hervor, wenn auch zunächst nur in einem Falle, in welchem dies Wissen durch das objektive Recht gehindert wird, auch eine Entschließung an den Tag zu legen, und in welchem daher mit Recht vorausgesetzt wird, daß mit diesem Sichwissen als Erben auch das Sichwollen als solchen verbunden sei.

Wenn dies die besonderen Fälle sind, in welchen die Digesten die Transmission zulassen, und diese Fälle, wie gezeigt, sämtlich darin übereinkommen, daß die geistige Tätigkeit der inneren Willensidentifikation, welche das Wesen der Adition ausmacht, ausgeübt worden, und nur der äußere Aditionsakt infolge der vom Erbrecht selbst gesetzten Hindernisse noch nicht vollzogen sei und sein

konnte, so gelangen wir nun mit den Kaiserkonstitutionen zu besonderen Klassen von Erben, denen die Transmission eingeräumt wird. So verordnet Theodosius zuerst im Jahre 426, daß [1]), wenn einem Kinde (infans) eine Erbschaft hinterlassen worden, der väterliche Gewalthaber desselben sie auch noch nach dem Tode des Kindes antreten kann.

Es ist unschwer zu sehen, daß auch diese Transmission im Prinzip eigentlich keine solche ist, die zugrunde liegende Anschauung vielmehr die ist, daß das Subjekt des Willens, welchem die Willensidentifikation angetragen worden ist — der gewalthabende Vater —, eben noch lebt, und diese Willensidentifikation jetzt daher von gar keiner anderen Willenssubjektivität vorgenommen wird, als von der, der sie in letzter Instanz auch bisher schon angetragen war, und auf welche sie auch bei Lebzeiten des Kindes durch dieses hindurch und zurückwirkte. Und diese Veränderung ist bei Theodosius konsequent, weil er, während früher das Kind selbst die Adition unter der Zustimmung des Vaters oder der Autorität des Tutors vornehmen mußte (s. oben Nr. XXXVII), dies in derselben Verordnung dahin abändert, daß jetzt Vater wie sogar Tutor ohne Beisein des Kindes (infans) in dessen Namen antreten können [2]).

Fünfundzwanzig Jahre darauf erläßt Theodosius eine andere Verordnung [3]), nach welcher alle direkten Deszen-

---

[1]) L. 18 C. de jur. del. (6, 30).

[2]) Während er in bezug auf den mehr als siebenjährigen Pupillen es beim alten Recht, daß er persönlich antreten muß, bewenden läßt, und daher ganz konsequent diesem die Transmission nicht einräumt.

[3]) L. un. C. de his qui ante etc. (6, 52); vgl. L. un., § 5 C. de cad. toll. (6, 51).

denten, Söhne[1]) oder Töchter, Enkel, Urenkel usw., wenn sie von ihren Aszendenten zu Erben eingesetzt worden sind, die Erbschaft, wenn sie auch vor der apertura tabularum, und somit vor der Adition sterben, wieder auf ihre Deszendenz in direkter Linie transmittieren.

Wenn diese Verordnung einerseits durch den Gedanken der natürlichen Berechtigung der Familie auf das Vermögen der Eltern hervorgebracht zu sein scheint, wie sie in der Tat auch erst in einer Zeit möglich ist, in welcher das Erbtum bereits seit lange in die Anschauung einer Vermögenshinterlassenschaft übergegangen ist, und in der sich infolgedessen die Familie seit lange die Stellung eines Noterben erkämpft hat, so ist dieser Gedanke dennoch offenbar unfähig, für sich allein die prinzipale Erklärung der hier verordneten Transmission abgeben zu können. Denn prinzipaliter ist dieselbe vielmehr gerade wiederum an die willkürliche Freiheit der testamentarischen Einsetzung als ihre Bedingung gebunden, und die Transmission tritt daher hier keineswegs als ein aus eigener Berechtigung herfließendes Intestaterbrecht der Familie auf (oder als gegen das Testament gerichtetes Noterbrecht derselben). Fühlt man daher dieser Verordnung an, daß sie in irgendeiner Weise mit der Idee der natürlichen Familienberechtigung in Zusammenhang steht, so wird man aber auch anfühlen müssen, daß sie ebenso wieder mit der Idee der unbeschränkten testamentarischen Erbeinsetzung verwachsen erscheint. Denn man wird zugeben müssen, daß sie der Idee des Familienrechtes nur unter der Voraussetzung ihres eigenen Gegenteils, nämlich nur

[1]) Es ist also in bezug auf den Vater von emanzipierten Söhnen, und in bezug auf die Mutter von Söhnen überhaupt hier die Rede.

unter der Voraussetzung der willkürlichen testamentarischen Einsetzung der Familie durch den subjektiven Willen des Testators, eine Einräumung macht. Der Widerspruch dieser beiden Gedanken scheint daher diese Verordnung zu einer unbegreiflichen zu machen, wie sie denn in der Tat durch keinen derselben anders als auf eine höchst abstrakte, d. h. durchaus unwahre und den Begriff verfehlende Weise würde erklärt werden können. Ihre konkrete begriffliche Erklärung ist vielmehr folgende.

Wir haben früher gesehen, wie und warum der suus, und zwar in ältester Zeit und nach strengstem Zivilrecht, unmittelbarer Erbe ist, und wie er dies allerdings infolge seines Familienzusammenhanges mit dem Erblasser ist. Nicht aber durch ein ihm zustehendes Erbrecht — denn sonst würde ihm dasselbe niemals durch den bloßen und unbeschränkten Willen des Testators entzogen werden können —, sondern deshalb, weil er unmittelbare Willensidentität mit dem Erblasser ist, und daher, wenn er nicht aufgehoben wird, von selbst das schon ist, wozu ein anderer Erbe durch den Prozeß der Willensidentifikation erst gemacht werden soll. Diese unmittelbare Willensidentität des suus wird, wie sie in der durch die väterliche Gewalt gegebenen Willenseinheit ihre begriffliche Grundlage hat, durch die Emanzipation des Sohnes natürlich aufgehoben. Der Sohn tritt dadurch aus dieser Willenseinheit heraus, er tritt aus der Familie selbst heraus, da der Begriff der römischen Familie eben nichts anderes ist als die Willensidentität eines Personenkreises, der allein in dem Träger derselben seine berechtigte, für sich seiende Willenssubjektivität[1]) hat.

---

[1]) Dies ist auch der einzige und wahrhafte begriffliche Zusammenhang der Familie mit dem alten zivilen Erb-

Wer aber hier das sub Nr. XXI Gesagte, sowie unsere Entwickelung über den Inhalt des Erbbegriffes überhaupt, sorgfältig erwägt, wird es begreiflich finden, wenn wir sagen, daß durch die Erbeinsetzung des emanzipierten Sohnes das zerschnittene Band der Familie gleichsam wiederhergestellt wird[1]). Natürlich! Was die Emanzipation bewirkte, war, daß der Sohn aufhörte, Willensidentität mit dem Vater zu sein, daß er fremder, selbständiger Wille wird. Was aber durch die Erbeinsetzung bewirkt wird, ist gerade, daß er wieder als Willensidentität mit dem früheren Gewalthaber gesetzt wird. Durch das Erbtum wird also der Emanzipierte gleichsam zu einem wiederhergestellten *suus*[2]). Die große Härte, aber strenge

---

recht. Die Familie ist koexistierende Willensidentität; das Erbtum ist aufeinanderfolgende, sukzedierende Willensidentität. Gerade darum hat die Familie nichts vor dem Erbtum voraus, kein begriffliches Recht auf Erbtum. Denn das Erbtum ist selbst familienbildend; dies Institut erzeugt selbst das, was in Rom auch die Idee der Familie ist. Die Familie ist, als schon vorhandene Identität, nur unmittelbarer Erbe, wenn der Wille sich nicht betätigt hat, kann aber, da das Interesse lediglich in den subjektiven Willen und dessen Perpetuierung fällt, nicht die Substanz des Erbrechtes und keine Instanz gegen den Willen bilden, da dieser, um dessen Erhaltung es sich allein handelt, gerade in unbeschränkter Freiheit, im Setzen und Aufheben sein Wesen hat, und das selbst schon in sich hat, was in Rom die Substanz auch der Familie bildet.

[1]) Wie man auch analog sagen kann, daß der suus durch die exheridatio gleichsam aus der Familie entlassen, emanzipiert wird.

[2]) Von dem eigentlichen suus kann natürlich die Rede nicht sein; denn dessen Begriff besteht gerade darin, von selbst und ohne Vermittlung da zu sein, während es der

begriffliche Konsequenz des alten Zivilrechtes zeigt sich auch darin, daß, wenn der emancipatus zum Erben eingesetzt wird, kein Schatten der Erinnerung auf sein früheres Verhältnis zum Erblasser fällt. Er ist und bleibt, einmal gegen denselben fremd und selbständig geworden, wie jeder andere fremde Erbe für ihn. Die allmähliche Entwickelung und Erstarkung der Familienidee bewirkt jetzt aber, daß zur Zeit des Theodosius, wenn der Emanzipierte zum Erben eingesetzt ist, sein früheres Verhältnis nun durchschlägt und als gleichsam wiederhergestellt erscheint. Diese Metamorphose in der Anschauung ist aber ebenso natürlich wie notwendig. Denn dieser Zeit, die ein an und für sich seiendes Intestaterbrecht der Familie kennt, das der Testator nur bis zu einem gewissen quantitativen Punkte schmälern und auf einen Pflichtteil zusammendrücken kann, scheint durch die freiwillige Erbeinsetzung des emanzipierten Sohnes die an sich seiende Berechtigung desselben — die jetzt als eine stets vorhandene angesehen wird und der der Vater nur entgegenhandeln kann — vom Vater nur anerkannt, dadurch die Aufhebung des ursprünglichen Zusammenhanges nur ihrerseits aufgehoben und hierdurch die frühere Berechtigung und Ursprünglichkeit wiederhergestellt zu sein. Es fällt für diese Zeit bei der Einsetzung des Emanzipierten das Gewicht darauf, daß der Sohn eingesetzt worden, daß er als Sohn eingesetzt worden, wodurch das, was bei dem noch ungelösten Zusammenhang des suus von selbst da ist, nun durch die ihm übertragene Willensidentität in der früheren substantiellen Unmittelbarkeit wiedergekehrt zu sein scheint. Diese Metamorphose in der Anschauung

emancipatus erst durch Vermittlung der Erbeinsetzung wieder wird.

ist um so natürlicher, als · für diese Zeit der suus selbst sein Recht nur aus der natürlichen Familienabstammung zu schöpfen scheint, woher die falschen Definitionen von der „quasi debita hereditas" des suus fließen, die, nicht lange nach Theodosius, Justinian und zum Teil schon lange vor ihm Gajus gibt. Für den feinen begrifflichen Unterschied, der für das alte Zivilrecht zwischen dem suus und dem eingesetzten emancipatus trotz der Einsetzung vorhanden ist — denn dieser wird durch die Einsetzung noch nicht Willensidentität, er wird es erst durch die Antretung, während es der suus von selbst ist; es muß also auch bei ihm erst Identifikation stattfinden, ehe das frühere Verhältnis wiederhergestellt ist, nach der Identifikation besteht aber zu jedem anderen extraneus dasselbe Verhältnis —, für diesen Unterschied hat diese Zeit keinen Sinn mehr. Der suus ist Sohn und Erbe. Der zum Erben eingesetzte Emanzipierte ist gleichfalls Sohn und Erbe, und so scheint er durch die Einsetzung dasselbe, was jener ohne dieselbe, und mit einem Schimmer von Suität umgeben zu sein.

Als wiederhergestellter *suus* kommt ihm daher nunmehr die Unmittelbarkeit und die eigene, von selbst vorhandene Berechtigung desselben zu, so daß ihm die Erbschaft, die als ein durch die Einsetzung nur anerkannter, d. h. als ein hierdurch nur zur gültigen Wirklichkeit erhobener, an sich seiender[1]) natürlicher Rechtsanspruch des Sohnes aufgefaßt wird, jetzt schon vor der Adition zu gebühren scheint. Darum also transmittiert er, analog dem suus, und muß transmittieren, wenn diese Anschauung einmal gegeben. Nur

[1]) Vgl. die Entwickelung in Bd. I, § 10, der Theorie.

daß erstens, da seine Unmittelbarkeit durch das Verhältnis der natürlichen Abstammung vermittelt ist, diese seine Unmittelbarkeit in ihm selbst nur so weit reicht, so weit jenes Verhältnis in Betracht kommt; d. h. es tritt die begriffliche Konsequenz ein, daß er nur seiner Deszendenz, nicht, wie der echte suus, auch seinen fremden Erben transmittiert. Und zweitens, daß er in der Tat nur transmittiert, während der suus die Erbschaft als eine erworbene überträgt (außer in Fällen wie S. 498, Note 3).

Wollte man behaupten, daß durch diese Auffassung des zum Erben eingesetzten Emanzipierten, als eines wiederhergestellten suus, ein Gedanke in die Verordnung des Theodosius hineingetragen wird, der ihr auch nicht in unbewußter Form zugrunde liegt, so ist diese Behauptung so irrig, daß jene Konstitution sogar in ihren Worten diese Anschauung auf das deutlichste heraustreten läßt. So drückt sich Theodosius daselbst von dem emanzipierten Sohne, Enkel usw. so aus: „... licet non sint invicem substitui seu *cum extraneis* seu soli sint instituí." Indem er also die emanzipierten Söhne, Enkel usw., die doch selber *extranei* sind, den *extraneis* entgegensetzt, zeigt er deutlich genug, wie sie ihm eben keine extranei zu sein scheinen und der Begriff des extraneus sich ihm in denjenigen eines der Familienabstammung nach fremden Erben verzogen hat. Entscheidender noch ist zweitens der Umstand, daß Theodosius ihnen die Transmission des Erbtums einräumt, „sive *se noverint* scriptos heredes, *sive ignoraverint*". Dies aber, daß nicht einmal das Wissen erforderlich ist, ist schlechterdings ein Umstand, den wir vor wie nach Theodosius nur beim *suus* finden (vgl. oben S. 411 fg.) und das Kennzeichen der Suität ausmacht. Selbst noch für die

Justinianeische Transmission muß jeder wissen, der nicht suus ist. Drittens endlich bezeichnet Theodosius diese Erbschaft der Deszendenten als eine „*tanquam debitam*", d. h. genau so, wie sonst nur vom suus gesprochen wird (s. oben Nr. XXI).

Justinian endlich durch die L. 19 C. de jure del. (6, 30) gibt allen Erben, wenn sie während des Deliberationsjahres sterben, das Recht, das Erbrecht allen ihren Erben zu transmittieren, so daß diese nun innerhalb des von dem Deliberationsjahre noch übrig gebliebenen Zeitraumes antreten können. Hier scheint also eingetreten zu sein, was wir S. 493 für unmöglich erklärten, und das Prinzip, daß erst durch die in der Adition vor sich gehende innere Willenstätigkeit die bis dahin bloß faktische Möglichkeit des Erben zum erworbenen und individuellen Recht werde, aufgegeben zu sein. Dennoch ist dies nicht der Fall, und selbst noch in dieser seiner entartetsten Gestalt bewahrt das römische Erbrecht seinen Zusammenhang mit dem spekulativen Begriff des alten jus civile, bei jeder Entfernung von demselben und jeder Umgestaltung immer noch in dem eigenen Prinzip desselben das Prinzip der Entfernung und Umgestaltung selbst suchend. Die conditio sine qua non nämlich, unter welcher Justinian dem Erben dies Transmissionsrecht auf seine Sukzessoren einräumt, ist die, daß er das oben entwickelte (Nr. XXXIV), zum Erbtum erforderliche Wissen gehabt habe[1]). Es bedarf aber nur der Erinnerung an das daselbst über dies Wissen und später über die Delation (Nr. XXXVIII) Gesagte, um den Gedanken

[1]) „. . . is, qui *sciens*, hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento *delatam* etc." Und bald darauf: „Si enim ipse, postquam *testamentum* fuerit insinuatum vel ab intestato vel aliter ei *cognitum* sit etc."

dieser Verordnung und seine genaue Übereinstimmung mit dem dort Erörterten klar hervortreten zu sehen. Auch das Wissen ist bereits, und vor der Entschließung des Willens, eine innere, und zwar die ideellste Tätigkeit des subjektiven Fürsichseins, dessen Herzensangelegenheit das römische Erbtum bildet. Indem der Erbe weiß, hat er bereits durch diese Tätigkeit den Willen des Erblassers zum Inhalt seines Fürsichseins gemacht und ihn so in erster Instanz sich angeeignet, zu seinem eigenen Fürsichsein erhoben. Darum ist es das Wissen, wie wir früher sahen, durch welches erst der Erbe die Delation bewirkt, sich selbst die Erbschaft anbietet. Dieses im Wissen gegebene Sichselbstanbieten seitens des Erben, diese erste vom Fürsichsein des Erben an demjenigen des Erblassers ausgeübte und dasselbe sich geistig aneignende Tätigkeit ist es, die Justinian hier — im Falle des Todes des Erben — als subjektive Aneignung und daher als ein erworbenes Recht begründend auffaßt, dessen Wirksamkeit er nur durch eine äußere positive Frist begrenzt, und dem er daher innerhalb derselben transmittierende Kraft einräumt. Weil es die durch das Wissen bewirkte Delation als Sichselbstanbietung ist, die Justinian als diese die Entschließung des Annehmens oder Ausschlagens dem freien Willen noch vorbehaltende, aneignende Willensaktion auffaßt, so bringt er dies Recht mit der Deliberation in Verbindung und erregt so den Schein, es auf ein besonderes jus deliberandi zu gründen.

Allein die Deliberation ist gar kein besonderer Rechtsfaktor oder das Produkt eines solchen. Die Deliberation ist nichts anderes als der durch das Wissen und die von ihm hervorgebrachte Sichselbstanbietung, als welche sich uns die Delation ergeben hat, gegebene

geistige Zustand des Erben. Was Justinian also daselbst von der Deliberation spricht, geht auf gar kein anderes begriffliches oder rechtliches Moment zurück, als auf jenes sich selbst deferierende Wissen, und dieses somit ist das die Transmission bewirkende Moment. Wenn daher der geistvolle Donellus diese Justinianeische Transmission so erklärt[1]: die Erben würden angesehen „deliberare de hereditate et *id jus deliberandi,* atque ex eo jus adeundi, si expediat, *sibi sumere,* quod sumtum et *velut suum factum,* non mirum, si ad heredes suos transferunt", so lassen die zuletzt hervorgehobenen Worte auf das trefflichste den wahren Begriff der Sache zum Vorschein kommen, und nur dies ist irrig daran, daß es eine besondere Tätigkeit des Deliberierens und ein besonderes *jus deliberandi* sei, was die Transmission begründe. Sondern es ist, wie gezeigt, lediglich das Wissen, welches, wie es die Delation bewirkt, soeben hierdurch von Justinian als die aneignende und darum das jus adeundi transmittierende Tätigkeit angeschaut wird.

Wie wenig das Deliberieren als ein besonderes Recht und Moment dabei in Betracht kommt, zeigt sich am deutlichsten daran, daß gerade, wer sich eine Deliberationsfrist ausgewirkt hat (si deliberationem meruerit), häufig sein Transmissionsrecht dadurch nur verkleinert. Denn wenn er nun stirbt, verbleibt seinen Erben nur der von jener Frist[2] etwa noch vorhandene Rest zum Antreten, während, wenn er sich gar keine Deliberationsfrist erwirkt und gar keine Absicht zu deliberieren an den Tag gelegt hat (deliberatione minime

[1]) Comm., lib. VII, c. IV, p. 294.

[2]) Und eine längere Frist als von neun Monaten und resp. einem Jahre kann gar nicht gewährt werden; siehe L. 22, § 3 C. eod. tit. Dies ist das gesetzliche Maximum.

petita), der zu einem vollen Jahre seit der Delation noch übrige Zeitraum zum Antreten bleibt; zwei Punkte, die sich mit voller Deutlichkeit aus der Verordnung ergeben und auch anerkannt sind[1]).

XL. Der konkrete Begriff des zivilen Intestaterbrechtes und die Zwölf Tafeln. — Die alte usucapio pro herede. — Der Übergang zur prätorischen bonorum possessio.

Wir haben bereits wiederholt (s. die Nrn. XXII und XXVI) die Stellung des Intestaterbrechtes zum testamentarischen, oder, was dasselbe ist, die besondere Stellung des Intestaterbrechtes zum Erbtum überhaupt, oder, was wieder dasselbe, den Begriff des Intestaterbrechtes in allmählicher Entwickelung hervortreten lassen.

---

[1]) Siehe Donellus, a. a. O. — Ebensowenig beabsichtigt Justinian, wie man irrig geglaubt hat, eine Deliberationsfrist durch diese Verordnung einzuführen und also den Grundsatz aufzuheben, daß es für den zivilistischen Erben keine gesetzliche Frist zum Antreten oder Ausschlagen gibt (Gajus, II, 167), sondern nur als Transmissionsfrist, nicht Deliberationsfrist (nicht also als Frist für den fortlebenden Erben) wird jener einjährige Zeitraum von ihm eingeführt. Daß Justinian gar keine Deliberationsfrist festgesetzt hat, noch festsetzen wollte, ist bereits nachgewiesen von Vangerow im Zivil. Archiv. XXII, 7; vgl. Puchta und Arndts in Richters krit. Jahrb., 1840. S. 7 fg., 17 fg.; Mühlenbruch, Fortsetzung zu Glück, XLI, 295 fg.; Mayer, Erbrecht, § 118, Note 22 und 23.

Allein diese Entwickelungen, die immer nur gelegentlich durch unsere Untersuchungen über das Erbtum überhaupt herbeigeführt waren, konnten eben deshalb nur den ersten, noch bloß formellen und abstrakten, noch nicht den konkreten Begriff des römischen Zivilintestaterbrechtes ergeben.

So wenig es nun auch in dem Plane dieses Werkes liegen kann, Dogmatik und Geschichte des Intestaterbrechtes mit derselben Ausführlichkeit zu behandeln, mit welcher hier nur das römische Erbtum überhaupt — und deshalb auch sein begrifflich adäquatester Repräsentant, das testamentarische Erbtum — behandelt werden mußte, so würde unsere Aufgabe doch keineswegs gelöst sein, wenn wir nicht noch den konkreten Begriff des Intestaterbrechtes in seiner ganzen Bestimmtheit zur scharfen Entwickelung und zum positiven Erweis brächten.

Sowie aber der Begriff des Intestaterbrechtes in seiner wahren Konkretion nachgewiesen sein wird, werden verhältnismäßig wenige Bemerkungen genügen, um, im Verein mit dem, was bereits über den gesamten Gang der geschichtlichen Bewegung des römischen Erbrechtes dargetan worden ist, sowie im Verein mit dem, was, außer über das zivile Intestaterbrecht selbst, bei der Inoffiziositätsquerel und an verschiedenen anderen Orten von uns bemerkt worden ist, die dogmatischen Unterschiede wie die geschichtliche Bewegung des römischen Intestaterbrechtes in das hellste Licht zu setzen.

Das alte Intestaterbrecht des römischen jus civile kennt bekanntlich weder Noterbenrecht noch Pflichtteil. Dies juristische Faktum, in die Sprache des Gedankens übersetzt, heißt somit nichts anderes, als daß das Intestaterbrecht keine selbständige Instanz dem Testator

gegenüber bildet[1]), mit anderen Worten, daß es nur subsidiarisch Platz greift, wenn der individuelle Wille des Erblassers nicht gesprochen hat. Jeder dieser beiden Sätze heißt aber, in seinem Begriffe ausgedrückt, nichts anderes als: daß das zivile Intestaterbrecht nicht die Bedeutung haben soll, als ein dem individuellen Willen prinzipiell Anderes und Gegenüberstehendes in Betracht zu kommen.

Das Intestatgesetz tritt also nicht *qua* Gesetz ein, als ein gegen den individuellen Willen Selbständiges und ihm Gegenüberstehendes, sondern nur als ein mit ihm Identisches, d. h. nur als der vorausgesetzte individuelle Wille tritt es ein; nur als solche Ergänzung des eigenen, nicht ausgedrückten Willens des Individuums (voluntas tacita) greift es Platz.

Es ist dies somit derselbe Begriff des Intestaterbrechtes, der sich uns schon früher ergeben hat, nur daß wir ihn hier in einer verschiedenen Weise entwickelt haben. Gingen wir zuerst (vgl. S. 41, Note 2, und Nr. XXII und XXVI) von dem römischen Hauptsatze, dem Satze Ulpians (L. 39 de acqu. her. 29, 2), daß die Intestaterbschaft nur subsidiarisch deferiert wird, als von dem Beweise aus, daß das Intestaterbrecht nicht das Prinzipale und Substantielle, und ebensowenig das

---

[1]) Wie groß erweist sich also beim ersten Schritt eingehender Gedankenbetrachtung der Irrtum der Autoren, welche bisher das Testament vielmehr als eine Dispensation von der primo loco vorhandenen gesetzlichen Intestaterbfolge, und diese als das Wesentliche des Erbrechtes überhaupt, aus welchem sich das Testament erst als Surrogat entwickelt habe, oder beide, Testament und Intestaterbrecht, als gleichberechtigte und kämpfende Gegensätze auffassen!

gleichberechtigt und kämpfend Koordinierte des römischen Erbtums sein könne, so haben wir umgekehrt jetzt und schon in den angezogenen Nummern, in denen wir uns mit dem Intestaterbrecht beschäftigten, diesen Satz Ulpians als eine notwendige Folge des inwendigen Begriffes der Sache entwickelt. War unsere Entwickelung in den vorbezogenen Abschnitten die, daß wir von dem spekulativen Begriff des Erbtums überhaupt als der Willensfortexistenz ausgingen und so zu der notwendigen Konsequenz gelangten, daß, wenn alles Erbtum nur Perpetuierung der Willenssubjektivität durch eine andere mit ihr identische ist, das Intestaterbtum, wenn es und da es noch Erbtum überhaupt sein soll, nichts anderes als diese Fortexistenz durch den aus dem eigenen Willen des Toten vorausgesetzten Willensträger sein kann, — so sind wir jetzt zu diesem selben Satze auf eine weniger vom Begriff als vielmehr vom Positiven des römischen Rechtes ausgehende Weise gelangt. Denn wir sind jetzt zu ihm gelangt von der bloßen positiv-materiellen Tatsache des römischen Zivilintestaterbrechtes aus, daß es weder Noterben noch Pflichtteil kennt, eine Tatsache, die nur als inhaltlicher Gedanke dasselbe ausdrückt, was die subsidiäre Stellung des Intestaterbrechtes in formeller Hinsicht. Und freilich mußten beide Wege zu demselben Resultat führen, denn diese positive Tatsache ist gar nichts anderes als das im Intestaterbrecht sich manifestierende Dasein seines Begriffes.

Aber weiter als früher sind wir mit dieser bloß verschiedenen Herleitung noch nicht gekommen. Der hier entwickelte Begriff des Intestaterbrechtes ist noch ganz derselbe, und daher auch ganz ebenso abstrakt und nur noch formell, wie er dies in unseren früheren Erörte-

rungen in den Nrn. XXII und XXVI war, auf welche wir hier vor allem in allen ihren Punkten zurückverweisen müssen.

Das heißt: In Wahrheit scheint hier wie dort der Begriff nur noch abstrakt und bloß formell zu sein, weil das bereits in ihm ruhende Inhaltliche oder Konkrete noch nicht zum Vorschein gebracht worden ist.

Um dies zu leisten, um den inhaltlichen Begriff des römischen Zivilintestaterbrechtes in seiner ganzen Konkretheit hervortreten zu lassen, wird zunächst nur eine Frage erforderlich sein. Die Frage nämlich: Wenn alles Intestaterbtum, wie wir sahen, nur als der vorausgesetzte Wille des Individuums Platz greift, wenn dies sein formeller Begriff ist, nur der nicht ausgedrückte Wille des Individuums und die Ergänzung desselben zu sein — welches ist denn der nicht ausgedrückte Wille des Individuums?

Mit der sich in einen kurzen Satz zusammenfassenden Beantwortung dieser einen Frage wird sich — so groß ist die Macht des konkreten Begriffes — von selbst alles Weitere über Dogmatik und geschichtliche Bewegung des Intestaterbrechtes ergeben, in noch reicherer und speziellerer Weise, als wir, die wir es hier unserem Zweck nach eigentlich nur mit der festen Konstatierung dieses Begriffes und nicht mit einer besonderen selbständigen Behandlung der intestaterbrechtlichen Materie zu tun haben, hier auszuführen vermögen.

Welches ist also der nicht ausgedrückte Wille des Individuums?

Wenn das Individuum keinen besonderen subjektiven Willen ausgedrückt, wenn es sich nicht als besonderen Willen gesetzt hat, so bleibt als sein

Wille nur — das allgemeine Wesen des Willens übrig. Oder schärfer: der sich nicht besondernde Wille — ist der allgemeine Wille.

Denn der besondere Wille ist ja selbst erst diese Tätigkeit des allgemeinen Willens, sich als besonderen zu setzen. Ehe er sich also zu einer Besonderheit bestimmt hat, ist seinem eigenen logischen Begriffe nach im Willen eben nur sein substantiell-allgemeines Wesen vorhanden.

Dieser tiefe Satz der spekulativen Logik[1]) ist es, den das römische jus civile erfaßt und in seinem Intestaterbrecht mit gewaltiger begrifflicher Konsequenz verwirklicht. Der sich nicht als ein besonderer setzende individuelle Wille ist also identisch mit dem allgemeinen Wesen des individuellen Willens, oder dem Volksgeist, dem das Individuum angehört.

Dieser Wille hat also keinen anderen Inhalt als den allgemeinen Willen des Volkes, oder den Staat, in dessen Organisation derselbe verwirklicht ist. Die durch das Band der Gewalt vermittelte Personengemeinschaft[2]) oder die Agnaten, die Einheit des Stammes oder die Gentilen, sind daher, als die Basen, auf welchen die römische Gesellschaft überhaupt

---

[1]) Denn er ist nur eine Folge des logischen Fundamentalgesetzes, daß das Besondere überhaupt nur die Tätigkeit des Allgemeinen ist, sich zum Besonderen zu bestimmen, zu differentiieren. Siehe Hegels Logik, Bd. II, Die Lehre vom Begriff und seine Momente: das Allgemeine, Besondere und Einzelne.

[2]) Es wird nützlich sein, sich dieses genaueren Ausdruckes zu bedienen, als des Wortes: Familie, mit welchem nun einmal in germanischer Zeit stets der Begriff der natürlichen Verwandtschaft verbunden, und so sein römischer Sinn durchaus verändert wird.

beruht, auch die Basen des Intestaterbrechtes. Oder das zivile Intestaterbrecht ist, wie wir das bald noch näher aufzeigen werden, im strengsten Sinne ein Erbrecht der *ordo;* es ist ein Einrücken der Reihenfolge von Grundlagen, in die das Allgemeine, der Staat, sich organisch gliedert[1]).

---

[1]) Von hier aus erklärt sich nun auch sofort nicht nur das spätere Erbrecht des Fiskus, sowie das Recht desselben auf die Kaduzitäten, sondern auch das Erbrecht der Kurie (Theodosius, L. 4 C. de her. dec., 6, 22), des collegii naviculariorum, des cohortalis, das von Konstantinus erteilt wird (siehe L. 1 u. 3 C. de her. dec., 6, 62); das Erbrecht des collegii fabricensium, das von Theodosius (L. 5 C. eod. tit.), das Erbrecht der Legionen, das schon von Hadrian, und das Erbrecht der Reiterei, das von Konstantin erteilt wird (L. 17 D. de just. rupt. et irr. test., 28, 3. — L. 4, 17 D. de fideic., 40, 5. — L. 2 C. de her. dec., 6, 62), sowie das von Theodosius gegebene Erbrecht der Kirche (L. 10 C. de episc. et cler., 1, 3). Als ein Erbrecht der Standesgemeinschaft! Lange nachdem das jus gentilitium untergegangen, weil die Stamm- und Geschlechtereinteilung aufgehört hat, die Grundlagen des römischen Volkslebens zu bilden, und selbst bis auf die Erinnerung zugrunde gegangen ist, lange nachher kann und muß an die Stelle der Gentilen nun das Intestaterbrecht dieser Standesgenossenschaften treten. Denn bei der ganz veränderten Gestalt, welche die römische Gesellschaft inzwischen erhalten hat, sind diese ordines, die durch die Lebensbeschäftigung gebildeten Reihen und Klassen, Stände und Kreise, auf welchen die Gesellschaft jetzt beruht und in die sie sich gliedert, eben das, was an die Stelle der früheren gentes getreten ist. — Es ist also von der höchsten, folgenreichsten Wichtigkeit, zu begreifen, wie in diesem Erbrecht der Beschäftigungs- und Erwerbsgenossenschaft noch unverändert derselbe Intestaterbfolgebegriff tätig ist, der früher den Gentilen die Intestaterbschaft überträgt, nur daß eben in der so veränderten Gesellschaft jene statt dieser zu den Grundlagen derselben geworden sind. Die Wirklich-

Fassen wir zunächst den konkreten Begriff der römischen Intestaterbfolge, wie er sich uns nunmehr bestimmt hat, scharf zusammen.

Der wahre und konkrete Begriff der römischen Intestaterbfolge ist also:

der allgemeine Wille des Volkes, aufgefaßt, vorausgesetzt und geltend als der Wille dieses bestimmten Individuums[1]).

---

keit der römischen Gesellschaft hat sich geändert, und damit tritt unter Festhaltung desselben Intestatbegriffes dieses Erbrecht der Genossenschaften an Stelle dessen der verschwundenen gentes.

[1]) Es ist vielleicht nicht ohne Interesse zu sehen, wie in dem romanischen Geist der Päpste, trotz aller Umgestaltungen der Begriffe wie der Verhältnisse, immer in gewisser Weise dieser ursprüngliche Geist des altrömischen jus civile fortlebt. Denn nichts anderes als der oben entwickelte Begriff liegt der gegen die französische Krone geltend gemachten Forderung des Papstes Innozenz IV. zugrunde, daß die Güter aller intestato verstorbenen Geistlichen, gleichviel ob sie noch so nahe Blutsverwandte hinterließen oder nicht, der Kirche zufallen sollten (s. Matthieu, Paris. Hist., p. 774 an 1246, Regierung von Heinrich III.). Die in der vorigen Note angezogenen Kaisergesetze über das Erbrecht der Kirche und des Standes bilden durchaus keine ausreichende Analogie hierfür, da sie alle nur für den Fall verfügen, daß keine erbfähigen Verwandten da sind. Zum Verständnis dieser Forderung muß man sich erinnern, daß die Geistlichen im Mittelalter überall unter römischem Recht standen, statt unter Landesgesetz. Nach dieser Bemerkung muß die Analogie mit dem Obigen klar sein. Nicht nur in geistlicher, sondern auch in Rechtsgemeinschaft nur mit der Kirche, ist es das rein Allgemeine dieser letzteren selbst, womit der einzelne Geistliche zusammenfällt, wenn er keinen besonderen Willen gesetzt hat. An die Stelle der Agnaten und Gentilen des jus civile rückt die keine solche Gliederung innerhalb ihrer kennende einfach allgemeine Substanz der Kirche selbst.

Es ist von der höchsten Wesentlichkeit, keine von diesen beiden Seiten des altrömischen Intestaterbbegriffes zu übersehen. Welche von beiden man übersieht, fällt man jedesmal notwendig in ein immenses und gänzliches Mißverständnis des Geistes des römischen Intestaterbrechtes, und zwar, obwohl aus entgegengesetzten Gründen, dem Resultat nach immer in dasselbe Mißverständnis, wie wir später noch zeigen werden.

Nur durch die Erfassung des römischen Intestaterbrechtes, als der Einheit dieser entgegengesetzten Momente, begreift sich die Einheit, in welcher es mit dem testamentarischen Erbrecht steht und gleich diesem, individuelle Willensfortexistenz bildet, d. h. den Begriff des Erbtums überhaupt erfüllt, und wie es dennoch in jenen bestimmten und schneidenden Gegensatz mit der testamentarischen Willensgeltung treten muß, der den Satz: „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest", zu seinem notwendigen Ausdruck hat[1]).

Noch einmal ergibt sich hier das Verständnis dieses, das gesamte römische Erbrecht beherrschenden Prinzips. Denn da der individuelle Wille nur dadurch, daß er sich nicht als besonderer setzt, als identisch mit dem allgemeinen Willen vorausgesetzt wird, so ist, wo einmal diese Voraussetzung gemacht werden muß, jede Besonderheit im Inhalt des Willens schlechthin ausgeschlossen und die strenge Identität mit dem Allgemeinen gesetzt, was den Schein gibt, daß das Gesetz als solches

Bloße Habsucht reicht zur Erklärung der Möglichkeit einer so exorbitanten Forderung nicht aus, auch schon deshalb nicht, weil sie sich dann ebenso sehr und vor allem gegen das Recht der Geistlichen, zu testieren, hätte richten müssen.

[1]) Vgl. oben Nr. XXVI.

verfüge. Und umgekehrt: Wenn zugegeben wird, daß der Wille sich tätig als besonderer gesetzt habe, kann nicht davon die Rede sein, ihn als identisch mit seiner ruhenden Allgemeinheit aufzufassen und also die Intestatordnung eintreten zu lassen. Eine Teilung, welche möglich und logisch wäre, wenn der Begriff des römischen Erbrechtes eine Vermögensübertragung wäre, ist eben deshalb schlechthin unmöglich, weil es nur Perpetuierung der Willenssubjektivität ist, die durch ihr ausdrückliches Sichselbstsetzen das Eintreten ihres bloßen Vorausgesetztseins unzulässig und logischunmöglich macht. Solange man also diesen Satz: Nemo pro parte etc., als ein im geringsten Befremdendes oder als ein äußerlich-historisch zu Erklärendes, oder solange man ihn mit Gans — obwohl diese Ansicht bereits einen Fortschritt darstellt — als den Ausdruck eines Kampfes zwischen Intestatrecht und Testamentsrecht als zwei entgegengesetzter Prinzipien, als den Gegensatz „der Willkür des Individuums" und der „Sittlichkeit der Familie" auffaßt, oder solange man ihn überhaupt anders auffaßt als ein bei Zugrundelegung des historischen Begriffes des römischen Geistes notwendiges logisches Denkgesetz, liefert man hierin den besten Beweis, den Geist des gesamten römischen Erbrechtes verfehlt zu haben[1]).

Sehr richtig sagt Pomponius: dazwischen, d. h. zwischen diesen Tatsachen, finde ein natürlicher Kampf statt (*earumque rerum* naturaliter pugna est), ob jemand testato oder intestato gestorben sei, und dieser Gegensatz ist eben oben entwickelt; aber er sagt

[1]) Siehe als Anmerkung hierzu die Kritik des Huschkeschen Aufsatzes als besondere Beilage am Schluß dieser Nummer.

nicht, daß zwischen Testamentsrecht und Intestatrecht ein Kampf stattfinde, wie es Gans (II, 451 fg.) völlig umdeutend und höchst irrtümlich auffaßt. Es ist vielmehr gerade die ruhige Einheit von Testaments- und Intestatrecht, die Idee des Erbtums als der Willensperpetuierung, welche jenen sich ausschließenden Gegensatz in der Form, in welcher der Wille eines bestimmten Toten fortexistiert, hervorbringt. Gerade durch diese irrige Auffassung des Testaments- und Intestaterbrechtes als eines sich bekämpfenden Dualismus wird nun auch die gesamte Auffassung der historischen Bewegung bei Gans genötigt, eine falsche zu werden, oder vielmehr es ist ein sich gegenseitig bedingendes Verkennen des Erbrechtes auf allen seinen Punkten. So faßt Gans und andere diese historische Bewegung, z. B. die Inoffiziositätsquerel (II, 116 fg.), als ein Einbrechen der Idee des Intestatrechtes in das System der testamentarischen Willkür.

Allein was hat die Inoffiziositätsquerel mit dem Gedanken des Intestaterbrechtes zu tun?

Ist sie ein Recht der ordo der Agnaten und Gentilen? Sie steht vielmehr von vornherein auf dem prätorischen Boden der natürlichen Familie (Kognation), denn sie ist allen Kognaten gegeben. Sie ist wirklich das, wofür man bisher mit Unrecht die Intestaterbfolge des jus civile gehalten hat, sie ist wirklich das erste Hereinbrechen der Idee der „natürlichen Erbfolge" der verwandten Personen oder des Familienrechtes, und eben deshalb von dem Intestatsystem der ordo und dem testamentarischen System gleichweit entfernt. Wir haben gezeigt, welches der wahre Kampf und das wirkliche Bewegungsprinzip des römischen Erbrechtes ist. Es ist der Kampf und die Abreibung des erblasserischen Willens an dem erben-

den Willen oder der leise Übergang des Erbtums als Willensfortsetzung in den Gedanken des Vermögens-erwerbes[1]). Sowie das Vermögen anfängt, das Erbtum als Substanz zu durchdringen, ist es natürlich, daß sich jetzt auch das natürliche Recht der Familienglieder geltend zu machen anfängt, zumal jetzt auch der Erbe notwendig mit Vermögen befaßt ist, während früher die Familienglieder durch Legate weit reichlicher bedacht

[1]) D. h. wir zeigen hier, das sub Nr. VII Gezeigte rekapitulierend, wie innerhalb des reinen Zivilrechtes selbst diese Bewegung schon vorhanden ist, es zum Vermögenserbtum umzubilden. Innerhalb des reinen Zivilrechtes kann aber diese Bewegung, wegen der Festigkeit seines Begriffes, nicht zu ihrem notwendigen Ziele dringen; innerhalb des reinen Zivilrechtes bleibt daher die lex Falcidia der äußerste Schritt auf dieser Laufbahn. Aber wir werden noch zu Ende der gegenwärtigen Nummer sehen, wie das Zivilrecht selbst noch den anderen Trieb in sich hat, das Erbrecht qua Vermögenserwerb als ein von ihm verschiedenes und anderes Recht außerhalb seiner zu setzen — das prätorische Erbrecht der bonorum possessio. Die Bewegung des römischen Rechtes ist daher die gedoppelte: die Bewegung des reinen Zivilrechtes innerhalb seiner selbst dem Prinzip des prätorischen Erbrechtes, dem Erbrecht als Vermögenserwerb, entgegenzukommen, und diese Bewegung führt nicht sehr weit in ihren praktischen Resultaten. Dann aber die Bewegung des vom Zivilrecht selbst, auf Grund seines in ihm vorhandenen Keimes, als ein gegen es anderes Recht außerhalb seiner gesetzten prätorischen Erbrechtsprinzipes, welches, sich selbständig entwickelnd, in den Kreis des Zivilrechtes einzubrechen und sich an seine Stelle zu setzen sucht — und diese Bewegung hat die entscheidende Auflösung des jus zivile zu ihrer Folge. In beiden Bewegungen aber herrscht ein Prinzip. Nur durch das Erfassen dieser beiden Bewegungen kann die römische Rechtsgeschichte begriffen werden. Zu seinem konkreteren Verständnis aber wird das hier Gesagte erst am Ende dieser Nummer gelangen.

werden konnten als der Willenskontinuator. Sowie im zivilistischen Erbtum überhaupt die Willenssubjektivität des Erblassers anfängt, statt die des Erben zu verschlingen und als ihre Fortexistenz zu setzen, vielmehr negiert zu werden und unterzugehen in diejenige des Erben, der bei diesem einbrechenden Dualismus zu seiner Substanz und seinem Interesse das Vermögen hat, da muß dasselbe Ankämpfen wie gegen das zivilistische Prinzip des Erbtums überhaupt, so auch gegen das des Intestatrechtes insbesondere einzutreten anfangen.

Es ist daher wieder eine chronologische Gleichzeitigkeit von hohem spekulativen Interesse, daß gleichzeitig mit der Bewegung der lex Furia — Voconia — Falcidia, die jenes erste Ankämpfen, wie wir gesehen haben, darstellt, auch die querela inofficiosi sich zu entwickeln beginnt, die, indem sie von vornherein auch den Kognaten gegeben ist, dieselbe innerliche Reaktion gegen das Prinzip des zivilen Intestatrechtes darstellt, die sie gegen das Testament offen vollbringt, ein Ankämpfen, dessen zitternde, sich selbst verleugnende Form, in der es zuerst auftritt, wir bereits mit seiner weiteren Entwickelung betrachtet haben (Nr. X), und welches gleichwohl von vornherein der erste Schritt des prätorischen Prinzipes ist, sich in das Zivilrecht hinein und an dessen Stelle zu setzen.

Wir sagten aber noch vorher, daß, welche von den beiden Seiten, die in dem spekulativen Begriff des Intestatrechtes geeint sind, man auch übersehe, man jedesmal in ein immenses und, obwohl aus entgegengesetzten Gründen, im Resultat in dasselbe Mißverständnis des Intestatrechtes verfallen müsse. Dies ist nun zunächst zu zeigen.

Alle bisherigen Autoren stimmen darin überein, das zivile Intestaterbrecht als ein wahres Familienrecht

aufzufassen. Die Folgerung, die Gans hieraus zieht, ist, daß ihm Intestaterbrecht und testamentarisches in einem bloßen einheitslosen Dualismus zueinander stehen. Hier wird also die begriffliche Einheit beider verkannt, die sich schon ganz äußerlich darin ausspricht, daß beide eben Erbrecht sind. Diese Institute werden ihm so zu schlechthin miteinander kämpfenden Gedanken, die keinerlei Gemeinschaftlichkeit ihres Gedankeninhaltes haben, deren Nebeneinanderbestehen daher schlechthin unbegreiflich bleibt und deshalb von ihm als eine historische Stammesverschiedenheit der Patrizier und Plebejer zu erklären versucht wird, eine Erklärung, die einerseits historisch völlig unhaltbar, und andererseits nichts anderes als der von vornherein ausgesprochene Verzicht auf die Forderung des Begriffes ist, den römischen Geist als eine Einheit seiner Gegensätze zu begreifen. Und sicherlich, wenn die Gegensätze, weil sie spekulative Gedankengegensätze sind, scharf und schneidend sind und sein müssen, so kann doch nirgendswo weniger als gerade in Rom und gerade im römischen jus civile die schlechthin geschlossene geistige Einheit, welche diese Gegensätze durchdringt, geleugnet werden.

Gans, der große Gegner der historischen Schule, verfällt daher, indem er die Gegensätze, statt sie als Momente aus der Einheit des spekulativen Begriffes hervorgehen zu lassen, als eine durch keinen Gedanken geeinte, sich bloß äußerlich gegenüberstehende historische Stammesverschiedenheit hinstellt, hier selbst in den von ihm der historischen Schule so lebhaft vorgeworfenen Fehler, das aus dem Gedanken Abzuleitende als ein äußerlich und historisch Gegebenes vorauszusetzen. Selbstredend wird bei dieser Anschauung,

die nur eine Folge davon ist, daß Gans gar nicht den spekulativen Erbtumsbegriff überhaupt, sondern nur die empirische Verstandesvorstellung von demselben in der Hand hat, der Geist des Intestaterbrechtes in seiner Bestimmtheit ebenso verfehlt, wie der des testamentarischen.

Da diese einheitslose Anschauung mit Recht kein Glück machen konnte, so haben Böcking und andere, immer von jenem Grundirrtum ausgehend, daß das römische Intestaterbrecht seinem Gedanken nach wahres Familienrecht sei, die andere Folgerung gezogen (vgl. oben S. 41, Note 2), daß das Familienerbrecht die prinzipale Substanz alles römischen Erbrechtes überhaupt sei, deshalb die gesetzliche Erbfolge sei, und daß der rechtlichen Willkür des einzelnen nur gestattet sei, davon abzuweichen usw.

Allein fast noch mehr als bei der vorigen Auffassung wird bei dieser die Stellung beider Systeme zueinander verkannt und der Geist eines jeden von beiden mißverstanden. Dies spricht sich am kürzesten schon in der hier vorgegangenen totalen Verrückung der formellen Stellung aus, welche beide Systeme zueinander haben. Diese Autoren übersehen, daß sie hierdurch das Testamentsrecht zu einem subsidiarischen gegen das Intestatrecht machen und sich dadurch in den offensten und direktesten Widerspruch mit den Texten versetzen, welche das Intestaterbrecht vielmehr für das, was es ist, für ein subsidiarisches des testamentarischen Rechtes (Ulpian, L. 39 de acqu. her. 29, 2) erklärten.

Wenn aber beide Irrtümer nur die Folge von der Auffassung des Intestatrechtes als eines auf die Verwandtschaft basierten Familienrechtes sind, so ist dieser Grundirrtum selbst wieder, wie sich jetzt zeigt, nur die notwendige Folge von dem Übersehen der einen der beiden oben erörterten Seiten, die im Begriff des römischen

Intestaterbrechtes geeint sind. In der Tat, welche von diesen beiden Seiten man auch übersieht, so wird es beidemal dahin führen müssen, das Intestaterbrecht als Familienrecht aufzufassen. Übersieht man das Moment des (vorausgesetzten) individuellen Willens, so erscheint das Intestaterbrecht als das eigene und vom Gesetz als solchem anerkannte Recht der Familie. Übersieht man dagegen das Moment des allgemeinen Willens, mit welchem der sich nicht besondernde Wille des Individuums zusammenfällt, so erscheint das Intestaterbrecht als bloßer präsumtiver Wille der Person und daher als Präsumtion ihrer individuellen, auf die Familie gerichteten Gesinnung (Familienliebe als Prinzip). Wie wenig aber das Intestaterbrecht ein Familienrecht in dem mit diesem Worte stets verbundenen Sinne ist, liegt unter anderem z. B. ganz deutlich schon darin, daß, wenn der nächste berufene Agnat ausschlägt oder stirbt, das Erbrecht der ganzen Klasse der Agnaten fortfällt. Es zeigt sich hierin wieder nur, daß es nicht die verwandten Personen sind, die als solche einen eigenen Rechtsanspruch haben, oder denen vom Gesetz ein solcher gegeben wird, oder die als Gegenstand der Familienliebe als Erben präsumiert werden, sondern daß es die strenge Idee der *ordo* ist, die dem alten Intestatrecht zugrunde liegt, und werden wir hierauf später noch näher zurückkehren[1]).

[1]) Es ist übrigens selbstredend, daß alle diese Irrtümer eine unvermeidliche Konsequenz des ersten und fundamentalen Irrtumes sein mußten, das römische Erbrecht überhaupt als Vermögensrecht und Vermögenserwerb statt in seiner spekulativen Wahrheit als Willensperpetuierung aufzufassen. Natürlich lag dann täuschend nahe, das Intestaterbrecht der Agnaten für einen Rechtsanspruch dieser Personen auf das Vermögen des Hingeschiedenen zu nehmen.

Mit dem entwickelten Begriffe des römischen Intestaterbrechtes, dem allgemeinen Willen, vorausgesetzt und geltend als der individuelle Wille dieses bestimmten Individuums, stimmt nun alles Reale und Formale des römischen Intestatrechtes bis in seine kleinsten Einzelheiten genau überein.

Zuerst stimmt damit auf das schlagendste überein die feststehende Tatsache)[1], daß in den Zwölf Tafeln die testamentarische Erbschaft den Bestimmungen über die Intestaterbfolge vorangestellt ist[2]).

---

[1]) Siehe die gelehrten Untersuchungen Dirksens über die Zwölftafelfragmente (Leipzig 1824), S. 290.

[2]) Ebenso ergibt sich jetzt die innere Notwendigkeit der in den Zwölf Tafeln befolgten „Verbindung des Erbrechtes mit der Vormundschaft; denn die letztere erscheint im alten römischen Zivilrecht hauptsächlich auf die Voraussetzung der Erbfolge gegründet" (Dirksen, a. a. O., S. 289). Das Warum hiervon muß jetzt durchaus evident sein. Wenn das Erbtum nur die fortexistierende Willenssubjektivität des Toten ist, so ist die Verbindung desselben mit der Tutel so einleuchtend, daß wir es für überflüssig gehalten haben, dieselbe einer besonderen Erörterung zu unterziehen, welche den Ausgangspunkt zu einer selbständigen Darstellung der Tutel bilden müßte. Nur die Bemerkung mag hier ihren Platz finden, daß die Ansicht von Gothofredus, die Behandlung der Vormundschaft habe in den Zwölf Tafeln einen bloßen Anhang der Darstellung vom Erbrecht ausgemacht, jetzt eine große innere Bestätigung gewinnt gegen Dirksens Meinung (a. a. O.), daß jene Lehre „ungleich natürlicher den Übergang von dem Familienrecht zum Erbrecht vermittelt habe," weshalb er die betreffenden Fragmente auch an den Anfang der fünften Gesetzestafel stellt (vgl. daselbst S. 728). Davon, daß die Tutel den Übergang vom Familienrecht zum Erbrecht vermittele, wird jetzt offenbar nicht mehr die Rede sein können, sondern umgekehrt das Erbrecht als Ausgangspunkt der Tutel zu fassen sein.

Die betreffenden Zwölftafelstellen lauten in ihrer Aufeinanderfolge also:

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.

Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto.

Si adgnatus nec escit, gentilis familiam nancitor[1]).

In gewaltigster monumentaler Steinschrift enthalten diese drei kurzen Sätze durch das, was sie sagen und nicht sagen, ausdrücklich verfügen und voraussetzen, vor- und nachstellen, in graphischster Kürze das Ganze der von uns vorangeschickten Auflösungen.

Zuvörderst tritt, statt befremden zu können, jetzt sehr bedeutsam hervor, daß die Zwölf Tafeln eigentlich über das testamentarische Erbtum selbst, über die Freiheit dieser Erbeinsetzung nichts verfügen und erwähnen. Nur über die Freiheit des Legierens wird verfügt, derjenigen der testamentarischen Erbeinsetzung nicht einmal Erwähnung getan. Aber mit der Frage nach diesem, auf den ersten Moment befremdenden Umstand ergibt sich jetzt auch zugleich die Antwort.

Niemals, außer in Zeiten höchster Reflexion, wird ein Volk unmittelbar und verfügend das in seinen Gesetzen aussprechen, was die gesamte Substanz seines Geistes, die ganze Voraussetzung seines geistigen Daseins, und mit diesem identisch ist. Die testamentarische Erbeinsetzung und ihre Freiheit, dies, was bei anderen Völkern gar nicht vorhanden ist oder sich von außen her spät, langsam und mit großen Beschränkungen entwickelt, ist für den römischen Geist nicht eine Befugnis, die ihm zu

[1]) Siehe die fünfte Tafel, Fr. 3—5, bei Dirksen, a. a. O., S. 729.

gewähren und zu verbriefen wäre, es ist seine gesamte religiös-metaphysische Grundlage, ist mit der stillen Notwendigkeit des Seins in ihm vorhanden, ist identisch mit diesem historischen bestimmten Volksgeist selbst, ist für ihn dasselbe, wie sein geistiges Dasein überhaupt.

Diese gesamte Voraussetzung seines geistigen Daseins wird daher in einer altertümlichen Zeit von einem Volke ebensowenig verbrieft und dekretiert werden, wie etwa ein solches Volk sich seine Existenz überhaupt dekretieren würde. Die testamentarische Erbeinsetzung und ihre Freiheit ist für den Römer jene absolute Notwendigkeit seines geistigen Daseins, welche über und außerhalb der Sphäre des Dekretierbaren und Gesetzlichen für ihn fällt. Sie muß außerhalb der Sphäre des Gesetzlichen für ihn fallen, weil sie sogar — innerhalb dieses Volksgeistes — außerhalb der Sphäre des Geschichtlichen fällt, ein keinem Zeitwechsel Unterliegendes, mit seinem gesamten Dasein Zusammenfallendes ist. Die Geschichte selbst beweist dies. Die Freiheit der Legate unterliegt im Lauf derselben Fluktuationen, — die testamentarische Erbeinsetzung selbst und ihre Freiheit ist, solange Rom und römisches Recht existiert, niemals angetastet worden[1]). Es ergibt sich erst von hier aus die

[1]) Nur einen anderen Inhalt hat das Erbtum im Laufe der römischen Geschichte und zuletzt mit Justinian bekommen. Die Freiheit der Erbeinsetzung ist geblieben, und selbst die Kinder können, nach den früheren Verordnungen Justinians, für das Pflichtteil durch Legate abgefunden werden (vgl. oben Nr. X). Erst durch die Novelle 115 wird dies von Justinian geändert, indem jetzt die Deszendenten, wenn nicht die von ihm bestimmten Enterbungsgründe vorliegen, für das Pflichtteil zu Erben eingesetzt werden sollen. So würde denn hier, am letzten Ende des römischen Rechtes, das Untergegangensein desselben insofern von ihm selbst gesetzt sein; aber noch

ganze Oberflächlichkeit der allgemein verbreiteten Ansicht, welche in dem Gesetzescharakter der Intestaterbfolge eine dieser zukommende größere Substantialität, Bedeutung und Ursprünglichkeit sieht, zu welcher das Testament nur eine derogierende Stellung einnehme. Man könnte hierauf etwa antworten, daß auch der testamentarische Erbe wegen des uti legassit auf dem Zwölftafelgesetz beruhe, wie Ulpian dies von dem Legate wirklich sagt[1]). In der Tat aber wäre diese Antwort nicht weniger schief als das, was damit beseitigt werden soll. Dasjenige, was für ein Volk, wie gezeigt worden, außerhalb der Zeit fällt, was den gesamten Kreis seiner Geschichte bis an die äußersten Enden derselben ausfüllt, das fällt nicht mehr in das Gesetzliche und deshalb im Zeitenlaufe Wechselnde, sondern weit darüber hinaus, in das Urgesetzliche dieses Volkes hinein, als der von vornherein mit dieser Gestalt des Geistes vorhandene, mit ihr auftretende und mit ihr verschwindende Typus dieses Geistes, von dem wohl alle bestimmte Gesetze Ausflüsse sind, den er sich aber nicht in freier

---

in diesem Untergang wäre wieder die Freiheit der testamentarischen Erbeinsetzung auch noch aufrecht erhalten. Denn das Pflichtteil, für welches die Deszendenten eingesetzt werden sollen, ist unverändert das frühere Quantum, und neben diesen Noterben hat daher die testamentarische Einsetzung noch ihren freien Spielraum. — Faßt man übrigens mit Donellus, Comm., VI, 13, und anderen überwiegenden Autoren die Vorschriften der Novelle nicht als Nullitätsgründe gegen das Testament auf, so fehlt in derselben auch noch dieser Untergang, indem dann bei Nichtbeobachtung der Novelle nur wieder zur querela inofficiosi zu greifen ist, die durch das Pflichtteillegat beseitigt wird.

[1]) Fr. XIX, § 17: „*Lege* nobis adquiritur . . . item legatum ex lege duodecim tabularum."

Objektivität gegenüberstellt, sondern der ihn wie die allgemeine und unmittelbare unveränderliche Notwendigkeit seines Lebens unausgesprochen durchdringt.

Wohl aber zeigt sich daran, daß die Zwölf Tafeln über die testamentarische Erbeinsetzung und ihre Freiheit nichts sagen und zu sagen nötig haben (ebenso wie in der Bekanntheit, mit welcher der dogmatische Begriff des suus vorausgesetzt wird), wie unendlich alt und wie unendlich lange den Zwölf Tafeln vorhergehend, das von diesen nur vorgefundene, nicht geschaffene, das von ihnen nur als die ruhende unbewegte Substanz ihres Verordnens vorausgesetzte und nicht in den Kreis dieses Verordnens aufgenommene testamentarische Erbtum ist. Und so ist es denn auch und hat, wie im Zwölftafelgesetze, seinen Beweis in den Überlieferungen der alten Autoren. Ebensowenig wie ein Ende, kennen wir dem testamentarischen Erbtum einen Anfang in der römischen Geschichte; ebensowenig wie ein Vergehen, hat es innerhalb derselben ein Entstehen. So weit die Erinnerungen dieses Volkes nur reichen, in allen seinen auf die Gründung Roms zurücklaufenden und ihr noch vorhergehenden historisch-mythischen Traditionen erscheint das testamentarische Erbtum als ein unbefangenes Vorausgesetztes, mit allen diesen Erinnerungen Verflochtenes. Dies Volk weiß nichts davon, daß ihm das testamentarische Erbtum entstanden sei. Mit der mythischen Acca Laurentia, der Amme des Romulus, der in den Fasten Roms ein Kalendertag geheiligt ist und welcher der flamen Quirinalis ein öffentliches Opfer vollzieht, mit ihr, die nach Sabinus Massurius als Stifterin der arvalischen Brüderschaft, und dann wieder in mystischer Bedeutsamkeit als Gottesbuhlerin auftritt, mit ihr bereits erscheint das testamentarische Erbtum untrennbar vereint

und gegeben. Denn aus den ältesten Schriftstellern wird berichtet, daß ihr der Kalendertag in den Fasten Roms geweiht worden sei, weil sie, wie die einen sagen, Romulus, wie die anderen wollen, das römische Volk zu Erben ihres aus der Heirat mit dem Tusker gewonnenen Vermögens — dieses ihr indirekt aus der Buhlschaft mit dem Gott hervorgegangenen Reichtums — eingesetzt habe[1]). Schon zur Zeit des Proka, des Vaters des Vaters der Rhea Sylvia, erwähnt Livius[2]) des Testamentes als eines Selbstredenden. — Und diese Mythen treten nicht auf und sind nicht etwa bewußt geschaffen zu einer interessierten Verherrlichung des testamentarischen Erbtums. Einem ganz anderen Zusammenhange hingegeben, blitzt dasselbe immer nur in ihnen durch als die Tatsache, daß es der geistige Boden dieses Volkes ist, auf dem sie sich bewegen. Wie durch den spekulativen Begriff a priori, ist es also auch durch die positiven Zeugnisse erwiesen, daß das Testament, welches seine Entstehung mit Rom hat, keine Entstehung in Rom hat. Was das wahrhaft Positive in diesen Zeugnissen ist, ist, daß der römische Geist, nicht einmal in seinen ältesten und dunkelsten Traditionen, eine Epoche in seiner Erinnerung hat, wo er ohne testamentarisches Erbtum gewesen. Es ist für ihn mit seinem Dasein selbst gegeben, die mit diesem Dasein selbst zusammenfallende Voraussetzung desselben. Wenn das testamentarische Erbtum ein innerhalb der römischen Geschichte entstandenes wäre, wenn es für sie eine Zeit

---

[1]) Siehe über die Acca Laurentia: Gellius, Noct. att., VI, c. 7; Macrobius, Saturnal., I, c. 10, p. 241 sqq., ed. Bip.; Plutarch, Quaest. Rom., XXXV, p. 116, ed. Wytt.; Plutarch, Romul., p. 19 F.; Augustinus, De civ. dei, VI, 7; Lactantius, Instit. div., I, c. 20.

[2]) Lib. I, c. 3.

ohne Testament gegeben hätte, niemals und unmöglich hätte sich bei der immensen Bedeutung, welche die Einführung des Testamentes haben mußte, bei dem großartigen Umschwung, den diese Änderung darstellte, jede Erinnerung derselben bis auf die letzte Spur verwischen können. Dies wäre ohne Möglichkeit, ohne Beispiel, ohne Analogie in der Weltgeschichte. Statt dessen tritt uns überall in den ersten mythisch-religiösen Erinnerungen Roms das Testament als ein schon vorhandenes bestimmt entgegen. Wenn dies für den rationalistischen Verstand unfaßbar sein muß, so hat sich dagegen gezeigt, daß es für den spekulativen Begriff sogar ein a priori Notwendiges ist. Dies, was innerhalb der Geschichte eines Volkes nicht verschwindet, ist auch kein innerhalb dieser Geschichte Entstehendes; was kein Ende in der Zeit hat, hat auch keinen Anfang in ihr. Für die allgemeine Weltgeschichte ist es ein Zeitliches und Geschichtliches; für dieses bestimmte Volk ist es dies nicht. Es ist für es ein Urgesetzliches, ist identisch mit dieser Physiognomie des Geistes, welche dieses Volk darstellt, ist selbst diese Physiognomie. So ist es ein mit ihm Auftretendes, mit ihm Verschwindendes, trotz aller mißverstandenen Rudera, die es in der Welt zurückläßt[1]).

Wohl werden wir in der folgenden Nummer einen, wie wir hoffen, hellen Blick in das Woraus werfen, aus welchem sich das testamentarische Erbtum der Römer entwickelt hat. Aber daselbst werden wir auch sehen, daß dieses Woraus nicht in das Geschichtliche, sondern in das Urgeschichtliche des römischen Volkes, in

[1]) Und es wird sich bei unserer Betrachtung des germanischen und resp. modernen Erbrechtes zeigen, daß das testamentarische Erbtum trotz jener Rudera mit Rom verschwunden ist.

das Vorgeschichtliche desselben fällt, mit dessen Überwindung erst römischer Geist da ist, seine geistige Stätte gründet und das Pfund, das er mitbringt, wuchernd entwickelt.

Wenn aber die sich selbst perpetuierende Übertragung der Willenssubjektivität, oder die Erbeinsetzung, für den Römer nicht eine Befugnis, sondern die Voraussetzung aller Befugnisse, seine geistige Physiognomie überhaupt ist, so stellt dagegen der einzelne Willensakt des Legates, dieser nur auf diesem Boden der Willensunsterblichkeit stehende, dieser selbst aber prinzipiell entgegengesetzte und daher sogar gegen den Willensfortsetzer, negativ angehende Akt der Sachenvergabung[1]), so gut wie jede andere Sachenverfügung unter Lebenden, eine Befugnis für den Römer dar. Diese Legatenfreiheit ist in der Tat das im Zeitenlaufe Wechselnde und Fluktuierende, das Geschichtliche, und darum kann und muß sie von dem Zwölftafelgesetz festgestellt werden, so daß nun in den Worten uti legassit das testamentarische Erbtum selbst nur als die vorausgesetzte Substanz, als der ruhende Boden dieser verbrieften Befugnis indirekt hervortritt[2]).

---

[1]) Vgl. über den Begriff des Legates Nr. XIV fg.; S. 297 fg., S. 278, Note 1.

[2]) Hiernach beseitigt sich auch von selbst die Verwirrung, welche in der von Huschke (Rhein. Mus., VI, 292) sich gestellten Frage liegt: „warum der Akt, der seinem materiellen Inhalt nach legare hieß, doch nicht mit diesem Ausdruck, sondern testari genannt wurde." Die hier zum Vorschein kommende Verwechslung des Testaments- und Legatsbegriffes hat ihre Quelle in der dialektischen Gegensätzlichkeit, vermöge welcher letzterer Gegensatz und Betätigung des ersteren zugleich ist, und verschwindet daher sofort bei scharfer Festhaltung unserer Entwickelungen des Legatsbegriffes.

Wenn aber der Erblasser nicht ausdrücklich seinen Willensträger gesetzt hat, si intestato moritur, so geht nun das Zwölftafelgesetz dazu über, ihm den vorausgesetzten Willensträger zu bestimmen, einen Willensträger, den es bestimmt und einsetzt aus dem vorausgesetzten individuellen Willen des Erblassers heraus, welcher, weil sich nicht besondernd, als mit dem allgemeinen Willen zusammenfallend angeschaut wird.

Schritt für Schritt entfaltet sich alles zu blendender Klarheit, wenn dieser konkrete Begriff des Intestaterbrechtes: der allgemeine Wille vorausgesetzt, und zwar mit logischer Notwendigkeit vorausgesetzt, als der individuelle Wille des sich nicht besondernden Individuums, festgehalten wird.

Zunächst ergibt sich hieraus jetzt erst in seiner ganzen Tiefe, warum das Intestatgesetz der Zwölf Tafeln dem suus sein Erbrecht gar nicht verleiht, sondern seiner nur mit einem negativen cui suus heres nec sit erwähnend, sein Erbrecht nur als ein selbständiges, und ihm, dem Intestatrecht, vorhergehendes anerkennt, als ein ebenso vorhergehendes anerkennt, wie in demselben Satze durch die Worte si intestatus moritur das Testamentsrecht anerkannt wird. Es ergibt sich jetzt erst wahrhaft, inwiefern der suus die Mitte und Einheit zwischen Testaments- und Intestatrecht bildet[1]), oder mit anderen Worten, daß der suus gar nicht als eigentlicher Intestaterbe zu betrachten ist. Denn beim suus ist der Wille des ohne Testament sterbenden Erblassers nicht als ein vorausgesetzter vorhanden, sondern als ein ausdrücklich gesetzter. Der suus ist gesetzte

---

[1]) Siehe oben Nr. XXII und XXVI.

Identität mit der Willenssubjektivität des Erblassers, nur daß dies Setzen nicht erst zur Zeit des Todes stattfand, sondern schon damals, als das Band der Suität (Willensidentität) vom Erblasser gleichviel wodurch, durch Zeugung, Arrogation, in manum conventio, geknüpft wurde. Als nicht aufgehoben, ist die Willensidentität geblieben, und zwar notwendig geblieben, was sie war: ausdrücklich gesetzte. Die Unmittelbarkeit im Verhältnis des suus ist nur vorhanden, wenn man auf die Zeit des Todes sieht. Sieht man auf ihren Ursprung, so ist sie immer durch eine Willensaktion gesetzt, denn auch die Zeugung ist eine solche, und wie wenig ihr spezifischer Charakter der Blutsverwandtschaft dabei in Betracht kommt, zeigt sich ja darin, daß reine Willensaktionen, wie Arrogation und in manum conventio, die ganz gleiche Suität erzeugen.

Wenn also ein suus da ist, so kann nicht davon die Rede sein, daß der Wille des Erblassers sich nicht besondert habe, und darum als identisch mit seinem allgemeinen Wesen, dem allgemeinen Willen, vorausgesetzt werden müsse, sondern der suus ist eben die durch die besondere Willenssubjektivität des Erblassers gesetzte individuelle Willensidentität mit ihm. Im suus ist stets der Wille des Testators als ein besonderer, sich besondert habender, ausdrücklich gesetzter vorhanden. Der suus ist daher, begrifflich gesprochen, ein lebendiges Testament, womit sofort die juristische Notwendigkeit übereinstimmt, daß er, wie ein Testament umgestoßen werden muß, so seinerseits erst exherediert werden muß, um nicht als Erbe da zu sein. So sehr dies daher auch paradox klingen kann, so absolut wahr ist es, daß der suus gar nicht Intestaterbe ist. Er ist vielmehr stets beides zugleich, Intestat- und

testamentarischer Erbe, ist die Einheit von beiden, und so begreift sich erst in letzter Instanz, warum gerade auf den suus die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, nicht angewendet werden kann. Sein Begriff selbst ist von vornherein die prinzipielle Ausschließung dieser Regel. Freilich ist jetzt aber auch klar, warum, solange man, wie bisher, diese Stellung und Bedeutung des suus übersehend, denselben als erste Klasse der Intestaterben auffaßte, hierdurch die Erkenntnis nicht nur des suus selbst, sondern des ganzen Charakters des Intestaterbrechtes völlig versperrt wurde und auf dasselbe der im suus vorhandene Schein einer natürlichen Familienerbfolge fallen mußte.

Verfolgen wir weiter Schritt für Schritt das Zwölftafelgesetz, geben wir wirklich ein sich starr an die Worte und Buchstaben anklammerndes Interpretieren, welches, wenn es sich nur so starr anklammert, daß es die Worte absolut deckt, auch immer mit der Interpretation des spekulativen Begriffes zusammenfallen wird[1]).

Wenn also kein testamentarischer Erbe und wenn kein suus da ist, so beginnt nun das Intestatrecht der Zwölf Tafeln sein Verfügen. Es beruft den nächsten Agnaten. Aber wie drückt es sich denn aus? Sagt es ein Wort davon: die Familie soll die Erbschaft haben, wie unsere Autoren seine Verfügung stets aufzufassen belieben? Behüte! Es sagt „agnatus proximus *familiam habeto*". Der Agnat soll die Familie, familia, haben. Die familia ist also nicht das berufene Subjekt der Erbschaft, sondern das Objekt derselben; sie ist nicht das erbende, sie ist das vererbte Prinzip. — Was ist denn aber der wahre ursprüngliche und

---

[1]) Vgl. oben S. 308, Note 1.

wirkliche Begriff dieses vielschillernden Wortes: familia, dieser römischen Familie, die, statt zu erben, vererbt wird, wenn wir strikte dem Ausdruck der Zwölf Tafeln folgen? Hätte sich dieses Wort nicht als Familie, famille, family, in alle modernen Sprachen verschleppt und dadurch unmerklich für uns, so oft der bekannte Ton an unser Ohr schlug, immer die von uns damit verbundene, ganz geänderte Vorstellung in unser Bewußtsein hineingetragen, und hätte man sich nicht, wo etwa ein ernsterer Anlauf genommen wurde, sofort mit den nebulosesten, breitspurigsten Wortbildungen, mit Kompositis, die sich gegenseitig einander aufessen, wie „Vermögensfreiheit", als Erklärung von familia begnügt, die gleichsam gebildet sind, um sich selbst die eigene Gedankenunklarheit zu verstecken, eben deshalb aber diese sofort bei jedem Schritte in der Sacherklärung auf das grellste zum Vorschein kommen lassen müssen[1]) — wäre man ein einziges Mal darauf ausgegangen, den Begriff der familia wie ein uns ganz Unbekanntes und Fremdes streng zu erfassen, man wäre mit denselben vielleicht lange in den Begriff des römischen Erbrechtes eingebrochen. Man hätte dann keinesfalls, wie sich bald zeigen wird, das alte Zivilintestaterbrecht als ein „Familienerbrecht" auffassen können.

Der Begriff der familia ist nun aber gar nichts anderes als: die Willensherrschaft des Subjekts und das ihr Unterworfene; eine Willensherrschaft, die also einfache Willensherrschaft ist, sofern sie der selbstlosen Sache, oder einem als Sache Geltenden (dem Sklaven) gegenübersteht, und die sich von selbst als

[1]) Siehe hierüber ausführlich in der Beilage zu dieser Nummer.

Willensidentität bestimmt, insofern das dieser Willensherrschaft Unterworfene nicht eine Sache, sondern gleichfalls ansich freie Subjekte sind, die, selbst zur Freiheit bestimmt, an jenem Subjekte nur den zeitlichen berechtigten Träger ihrer Willenssubjektivität haben[1]).

Dieser Begriff von familia, durch dessen beide in der Willensherrschaft wurzelnde Seiten sich alles Weitere sofort erklärt, erweist sich zunächst auf das schärfste durch den etymologischen Ursprung des Wortes. Denn familia kommt ursprünglich von demselben Stamm wie famulus, famulor, Diener, dienen, und bedeutet also: das einer Willensherrschaft Unterworfene, und daher auch diese Willensherrschaft selbst, die ja in dem ihr Unterworfenen schon vorhanden ist. Dieser etymologische Ursprung ist sofort von selbst klar, wird aber zum Überfluß noch von Festus berichtet, welcher positiv bezeugt, famulus komme von dem oskischen Wort famel, welches einen servus, Sklave, Diener, bedeute, „woher auch die familia ihren Namen hat". „Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos *servus famel* nominabatur, *unde et familia vocata est*[2])." Daher kommt also, daß die Römer unter familia alles verstehen, wovon der Wille das Subjekt ist[3]), also einerseits Sklave, Geld

---

[1]) Vgl. oben beim suus, Nr. XXI fg., und S. 503, Note 1.

[2]) Festus, v° Famuli, p. 87, ed. Müller.

[3]) Oder daher kommen die beiden Bedeutungen „in res et in personas" der „familiae appellatio", wie Ulpian, L. 195, § 1, de v. s. (50, 16) sich ausdrückt, von welchem nicht verlangt werden kann, daß er die begriffliche Einheit derselben bewältige.

und Gut, wie andererseits Weib und Kind[1]). Diese subjektive Willensherrschaft ist es also, die der Agnat haben soll, die durch das Erbtum übertragen wird, und es bestätigt sich von hier aus von neuem alles, was wir über den spekulativen Begriff des römischen Erbtums gesagt haben. Natürlich aber kann der Agnat, obgleich er diese subjektive Willensherrschaft nun ergreift, die derselben unterworfen gewesenen Subjekte, Weib und Kind, die Willensherrschaft qua Willensidentität mit den zeitlich neben ihr stehenden Subjekten, nicht mit ergreifen. Denn diese sind eben ihrem Begriffe nach dies, von Haus aus zu dereinstigem freien Fürsichsein bestimmte Subjekte zu sein, woher die Römer selbst ihren Namen: liberi, „die Freien", etymologisieren[2]). Ihr Begriff ist von Haus aus dies, bloß den zeitlichen Träger ihrer Willenssubjektivität an den Vater zu haben und mit seinem Hinscheiden sui juris, freie Subjekte, zu sein, so daß sein Recht, wenn es bei seinen Lebzeiten das des Lebens und Todes über sie ist, bei seinem Sterben, wenn

[1]) Ebenso nimmt schon das Zwölftafelgesetz selbst nicht minder familia in diesem, auf das Verhältnis der Willensherrschaft zum Personenkreise gehenden Sinne, wie ja ganz entscheidend sich durch das achte Fragment derselben fünften Gesetzestafel (Dirksen, a. a. O., S. 729) beweist, wo das Zwölftafelgesetz, vom Erbrecht des patronus beim Tode des libertus sprechend, sagt: „ex *ea familia* in *eam familiam*", worauf Ulpian, a. a. O., selbst aufmerksam macht; d. h. nun aber, das Zwölftafelgesetz nimmt überhaupt nicht das Wort in zwei verschiedenen Bedeutungen, wenige Zeilen vorher als Sache, Vermögen, und wenige Zeilen nachher als persönliches Verhältnis, sondern beidemal eben in der Einheit jener entwickelten begrifflichen Bedeutung der subjektiven Willensherrschaft, die in dem ihr Unterworfenen, Sachlichen wie Persönlichen, gleichmäßig vorhanden ist.

[2]) Vgl. oben S. 306, Note 1.

sie mündig sind, null ist. Da er nicht übertragen kann, was nicht mehr in seiner Willensherrschaft ist, so kann er sie auch mit seinem Tode nicht mit derselben übertragen. Sie waren von Anfang an nur auf solange in derselben, und der Agnat findet sie daher nicht mehr in ihr vor, wenn er die familia ergreift[1]). Es zeigt sich jetzt erst genau, mit welchem präzisen Rechte wir oben sagten: die römische Familie ist dieselbe Willens-identität im zeitlichen Nebeneinander der Personen, welche das römische Erbtum im zeitlichen Nacheinander derselben darstellt, und Identität wie Unterschied der familia und hereditas, die Berührung und das Auseinandergehen beider Ideen sind hiermit vollständig erschöpft und gegeben[2]).

Bleiben wir also zunächst noch beim Zwölftafelrecht stehen, so wird gar nicht der Familie vererbt, sondern die Familie wird dem Agnaten vererbt. Davon, daß der Agnat auch zur Familie gehöre, diese irgendwie in sich darstelle und qua Familienglied erbe — davon sagt das Zwölftafelgesetz selbst jemandem, der dies nicht von anderswoher als vorgefaßte Meinung mitbringt und entschlossen ist, sich zunächst an den Wortlaut der Zwölf Tafeln zu halten, kein Wort!

Wenn nun aber auch das Zwölftafelgesetz nichts davon sagt, liegt es nicht dennoch im Begriff der Familie, daß der Agnat zu ihr gehöre, und ist diese Familien-

---

[1]) Hier tritt wieder die größere subjektive Freiheit des römischen Geistes gegen das Attische Erbrecht hervor, wo die Töchter mit dem Vermögen vererbt werden, insoweit also die Familie in einem dem unserigen verwandten Sinne vererbt wird und auch in der filia die geringere Freiheit der griechischen Subjektivität sich zeigt.

[2]) Vgl. oben S. 503, Note 1.

mitgliedschaft nicht gerade der, wenn auch unausgesprochene Grund seines Erbrechtes? Und ist dies nicht auch das, was uns die römischen Juristen selbst ausdrücklich sagen?

Aber gerade die Antwort auf diese beiden Fragen wird das Wesen des Intestatrechtes in noch viel entscheidendere Klarheit setzen.

Wie soll denn dem Begriffe der römischen familia nach der Agnat zu derselben gehören? Wir haben soeben durch die scharfe und etymologisch nachgewiesene Begriffsbestimmung der familia gesehen, daß der Begriff der familia, insofern sie nicht nur Sachen, sondern Personen umfaßt, daß also der Begriff der römischen Familie nur derjenige der Willensidentität ist: zwei oder mehrere Personen von einem sie identisch durchdringenden Willen, der sein Fürsichsein nur in einem von ihnen hat, so daß sie gegen ihn nur ansich Subjekte, er allein fürsichseiende Willenssubjektivität, subjektiver Träger des in diesem Personenkreise ausgegossenen Willens ist, worüber wir bei der Suität schon das Hinreichende entwickelt haben. In dieser Willensidentität befindet sich nun aber der Agnat zu dem Sterbenden nicht, und folglich gehört er auch nicht zu dessen Familie.

Daß den Agnaten nicht die Idee der Familie in unserem (germanischen) Sinne, daß ihnen nicht die Idee der Blutsverwandtschaft in irgendwelcher physischen Auffassung zugrunde liegt, das zeigt sich ja — abgesehen davon, daß diese ganze Auffassung durch die Bestimmung des spezifisch-römischen Begriffes der familia schon ausgeschlossen ist — ganz entscheidend daran, daß sogar die durch Männer vermittelten Verwandten, ohne Unterschied der Nähe, keine Agnaten sind, wenn die Männer,

durch die sie verwandt sind, durch willkürliche Handlungen, wie Emanzipation usw., aus der Willensidentität herausgetreten sind. Es zeigt sich daran, daß der Vater sogar und der eigene Sohn desselben, wenn dieser emanzipiert ist, ebensogut wie keine Familie, auch kein Agnationsverhältnis zueinander darstellen, während ihre physische Blutsverwandtschaft doch nicht gelitten hat und das prätorische Recht diesen Gesichtspunkt daher trefflich zu handhaben weiß. Um so entscheidender aber tritt in diesem spezifischen Unterschied des prätorischen Rechtes und des jus civile hervor, daß aus dem zivilrechtlichen Begriff der Familie jede Idee der physischen Blutsverwandtschaft vollkommen ausgeschlossen ist.

Der strenge Begriff der römischen Familie würde sich hiernach — dies ist die erste Folgerung aus dem Vorigen — auf das Verhältnis des Römers zu den sui beschränken. Denn nur hier ist Willensidentität.

Inwiefern bilden aber nun dennoch auch die Agnaten eine solche Willensidentität, und somit auch eine römische familia?

Nun, zuvörderst bilden sie eben unter sich keine solche, und darum keine römische Familie. Aber sie haben ihre Willensidentität außerhalb ihrer an ihrem gemeinschaftlichen Willenssubjekt, dem paterfamilias, sind daher, wie die Augen am Rebstock, an diesem gemeinsamen Subjekte einander angeboren, angereiht *(adgnati)*. Stirbt der paterfamilias nun auch, so findet zwar keine Willensidentität bei ihnen mehr statt, weil sie eben keine zwischen ihnen direkt bestehende war. Aber es bleibt die Erinnerung an die in ihm, dem Toten, gewesene Willensidentität, und diese bildet nun ihr Gemeinschaftliches und ihren Zusammen-

hang. Die Willensidentität ist in dieser Erinnerung zu einer nur ideellen, gewesenen aufgehoben, die ihre wirkliche Willensselbständigkeit gegeneinander nur wie ein aufgehobenes Ansich, wie eine überwundene ursprüngliche Anlage, wie ein dunkler Hintergrund, wie eine frühere Voraussetzung oder ein hinter ihnen liegender Ausgangspunkt ihres Wesens, durchzieht.

Dies wäre nach dem entwickelten Begriff der familia das begrifflich notwendige konkrete Verhältnis der Agnaten zueinander, und dies wäre also keine familia in dem streng begrifflichen zivilistischen Sinn des Wortes.

Warum sagen uns denn nun aber die römischen Juristen dennoch — und dies war oben die zweite Frage —, daß die Agnaten eine solche familia bilden?

Nun natürlich, sie sagen es uns auch gar nicht! Wie sollten die römischen Juristen dazu kommen, uns etwas realiter Falsches zu sagen? Nur die flüchtige und unbegriffliche Betrachtung wird die Schuld haben, wenn ein solches in ihnen gefunden wird.

Was uns die römischen Juristen wirklich sagen, ist vielmehr durchaus das eben begrifflich Entwickelte, und dasselbe wird jetzt Wort für Wort in der klassischen Stelle Ulpians über die familia wiedererkannt werden. Ulpian sagt[1]: „*Jure proprio* familiam dicimus plures personas, quae sunt sub *unius potestate,* aut natura aut jure[2]) subjectae . . . et quum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, *singulas familias incipiunt* habere.“ Also: der strenge Begriff der Familie (*jure proprio*)

[1]) L. 195, § 2, de v. s. (50, 16).

[2]) Es ist also ganz gleichgültig, ob sie aut natura aut *jure* subjectae sind, d. h. die Natur liegt nicht im Begriff des Verhältnisses.

besteht nur in der Willensidentität (Gewaltband) und geht eben deshalb nicht auf die Agnaten über; sie bilden, wenn der paterfamilias tot ist, jetzt nur jeder mit seinen suis und nicht unter sich eine Familie (singulas familias incipiunt habere, wie wir dies soeben zeigten). „... *Communi jure* familiam dicimus omnium agnatorum, nam etsi *patrefamilia mortuo singuli singulas familias* habent (nochmalige Hervorhebung des Vorigen), tamen omnes qui sub unius *potestate fuerunt* (die in der Erinnerung vorhandene, gewesene Willensidentität) recte *ejusdem familiae* appellabuntur (sie, die Agnaten, sind auch in dieser verallgemeinerten, abgeschleifteren Bedeutung des Wortes. immer noch nicht unter sich eine „Familie", sondern nur seine, des Toten, Familie [*ejusdem* familiae]; nur in bezug auf ihn, in der Erinnerung an dies ihr gewesenes Willenssubjekt sind sie gemeinsam oder Familie) qui ex eadem *domo et gente proditi sunt.*"

Ulpian also sagt es uns mit dürren Worten: jure proprio bilden die Agnaten gar keine Familie. Was ist denn aber in einem strengeren, höheren, ausschließlicheren Sinne jus proprium bei den Römern als das Zwölftafelgesetz? Ulpian sagt also auch das mit dürren Worten: für das Zwölftafelgesetz bilden und sind die Agnaten gar keine Familie, sondern für seinen Standpunkt sind nur die sui des Erblassers eine solche[1]). Diesen aber, die allein für das Zwölf-

[1]) Ulpian sagt dies sogar noch entscheidender! Denn er leitet diese gedoppelte Bedeutung der familia damit ein, daß sie einen Körper bezeichne (ad corporis cujusdam significationem refertur), der aut *jure proprio* ipsorum *aut communi universae cognationis* continetur. Die zweite Bedeutung der familia, wonach auch die Agnaten — wir haben von ihm selbst

tafelgesetz Familie[1]) wären, überträgt das Intestatrecht der Zwölf Tafeln das Erbtum nicht, sondern setzt sie, wie wir früher gesehen haben, nur als von selbst

gehört, warum — eine Familie, d. h. seine Familie bilden, und die er mit den Worten einleitet: *„Communi jure* familiam dicimus omnium agnatorum etc.", ist also diejenige, welche communi (jure) *universae cognationis* continetur. Steht denn aber das Zwölftafelgesetz auf dem Standpunkte der universa cognatio und kann es von diesem herunter interpretiert werden? Was also Ulpian selbst sagt, ist: Stellt man sich auf den Standpunkt der gesamten Kognation, auf welchem das Zwölftafelgesetz eben nicht steht, auf den Standpunkt der natürlichen Blutsverwandtschaft — der cognatus umfaßt ja dem Römer schon den väterlichen wie den mütterlichen Verwandten, den Agnaten wie den bloßen Kognaten —, also auf den Standpunkt des prätorischen Rechtes, des jus gentium etc., so erscheint nun von diesem Standpunkt, der nicht der spezifisch-zivilistische ist, unser spezifisch-zivilistisches Agnationsverhältnis noch als eine besondere Gemeinschaftlichkeit — noch vor der bloßen Blutsfamilie der Kognaten, von der Ulpian erst in § 4 daselbst spricht —, als eine Familie und besondere Familie unter sich, weil sie, von hier aus gesehen, gleichsam seine, des Toten, zivilistische Familie genannt werden können. — Und in der Tat ist es dieser Satz, den das prätorische Erbrecht verwirklicht, indem es, sich auf den Standpunkt der natürlichen Familie, der universae cognationis stellend, das Recht der bloßen Kognaten anerkennt und die Agnaten dennoch bevorzugt. — Die Agnaten also unter sich oder die Agnation, sagt Ulpian, sind hiernach vom zivilistischen Standpunkt aus keine Familie, kein Familienkörper, erscheinen aber so, wenn man sie vom prätorischen Standpunkt der universa cognatio aus betrachtet. Und daß sie dann so erscheinen, das hat sich an unseren Autoren allerdings sehr bestätigt!

[1]) Aber wieder nicht Familie in unserem germanischen Sinne, weil es gleichgültig ist, ob natura aut jure subjectae (s. oben), sondern nur im römischen der Willensidentität.

eintretende Erben voraus. Gleich die erste Klasse von Erben, denen es, das Intestatgesetz der Zwölf Tafeln, das Erbtum, wenn Testamentserbe und suus nicht da ist, überträgt, sind also solche Personen, welche das Zwölftafelgesetz, wie Ulpian uns aufs schärfste konstatiert hat, nicht als Familie des Toten betrachtet.

Und wie soll hiernach auch nur die Rede davon sein, daß das Intestaterbrecht der Zwölf Tafeln ein „Familienerbrecht" darstelle, und ist es nicht wahrhaft erstaunlich, wie eine solche das römische Recht in sein Gegenteil verwandelnde Auffassung unbesehen bei uns von der Hand des einen Autors in die des anderen gehen und den gesamten Autorenkreis einmütig und ohne Ausnahme beherrschen kann? Und ist nicht ersichtlich, wie, wäre man nur ein einziges Mal wahrhaft von strenger konkreter Wortinterpretation ausgegangen, von der man beim römischen Recht so viel spricht, wäre man wirklich strikte bei den Worten der Zwölf Tafeln wie Ulpians stehen geblieben, man genau zu demselben Resultate hätte kommen müssen, wie vom spekulativen Begriffe aus?

Aber die Verstandesvorstellung ist eben dies, den Geist wie das körperliche Wort gleichmäßig verfehlen zu müssen und nur den verblaßten Schemen ihrer eigenen Unklarheit überall in der Hand zu haben.

Treiben wir weiter Wortinterpretation, und immer schärfer, konkreter und lebendiger wird sich uns der Geist des Intestatrechtes der Zwölf Tafeln aufrollen, wie wir ihn aus dem Begriffe heraus bestimmt haben.

Die Zwölf Tafeln sagen also nicht, daß die Familie die Intestaterbschaft haben soll, und meinen auch nicht, daß der Agnat Familie des Toten sei.

Welches Erbprinzip haben sie denn? Wir haben es oben begrifflich bestimmt; suchen wir hier es noch genauer aus den Worten zu entwickeln.

In der Tat liegt es auf das deutlichste in den Worten aufgerollt, die wir soeben von Ulpian gehört haben: „. . . tamen omnes qui sub unius *potestate fuerunt* recte *ejusdem* familiae appellabuntur, qui ex *eadem domo et gente proditi* sunt" — „. . . so werden doch alle solche, welche unter der Willensherrschaft eines Individuums gewesen sind, mit Recht seine, dieses Individuums, Familie genannt, als solche, die aus demselben Haus und derselben gens hervorgegangen sind."

Aufs äußerlichste erkennbar springt aus diesen Worten hervor, wie das agnatische Erbrecht schon von demselben Prinzip durchzuckt und getragen ist, auf welchem auch das Erbrecht der Gentilen beruht, welches letztere man doch nicht wird als ein „Familienerbrecht" ausgeben wollen [1]).

Agnaten und Gentilen erscheinen schon in diesen Worten als zwei Abstufungen desselben Gedankens, als die Voraussetzungen, aus deren Hintergrund die Willenssubjektivität hervorgegangen.

Mit anderen Worten: Das Intestatgesetz ist ein Suchen des Individuums.

Wenn sich das Individuum nicht selbst perpetuiert hat, wenn es weder als testamentarischer Erbe noch als suus da ist, so tritt nun das Intestatgesetz auf, um es

---

[1]) Vgl. vielmehr oben S. 517 u. Note 1 das. Auch die Geschichte des römischen Intestaterbrechtes beweist dies; denn während das gentilitische Erbrecht früh verschwindet, ist die Geschichte des zivilen Intestaterbrechtes vielmehr die, unter dem Einfluß des prätorischen Rechtes sich zum Familienerbrecht hin zu bewegen.

zu suchen und zu perpetuieren, und sucht es in seinen Voraussetzungen.

Wo es dasselbe findet, wird sich aus dem bestimmen müssen, was es eigentlich sucht. Denn wenn wir sagen, das römische Intestatrecht sucht das Individuum, so meinen wir natürlich nicht, daß es dasselbe als Mensch sucht, was ein sehr weiter und nichtssagender Ausdruck ist, da alles darauf ankommt, was man als Mensch (resp. als was der Mensch sich) auffaßt, sondern es sucht das Individuum qua römischer Mensch oder *qua* Willenssubjektivität. Als Identität (Testamentserbe, suus) kann es die Willenssubjektivität nicht mehr vorfinden, denn sonst brauchte es erst gar nicht zu suchen und zu verfügen. So sucht es nun dasselbe (vgl. oben S. 544) in den Voraussetzungen seiner Willenssubjektivität, in dem hinter ihr liegenden überwundenen Ausgangspunkt, von dem diese ausgegangen, in der im Willen eines dritten Subjektes gewesenen Willensidentität oder als Agnation, und was dieser gewesenen Willensidentität zur wirklichen Willensidentität abgeht, das ergänzt nun das Gesetz durch die Kraft seines gesetzlichen Verfügens[1]).

---

[1]) Hier tritt also auf das deutlichste auch in der Sache der subsidiarische Charakter des Intestaterbrechtes hervor, der seine formell-subsidiarische Stellung nur als notwendige Folge nach sich zog. Hier begreift sich auf das realste, wie bei dem bloß durch die Erinnerung an die gewesene Willensidentität vermittelten Charakter des Intestatrechtes es dem Römer bei seinem Begriff vom Erbtum keineswegs genügen konnte, von den Agnaten nach Intestaterbrecht beerbt zu werden (vgl. sub Nr. VII und XXII), und warum er solchen Wert darauf legen mußte, denselben Intestaterben testamentarisch einzusetzen.

Und von Voraussetzung zu Voraussetzung zurückgehend, sucht es das Individuum, wenn es auch keine Agnaten findet, wieder in der Voraussetzung dieser, in dem Hintergrunde, aus welchem auch diese gewesene Willensidentität hervorgegangen ist, in dem Hintergrund des Stammes oder in der Gentilität. Gentilen und Agnaten sind dem Prinzip nach dasselbe, wie schon in den Worten Ulpians über die Agnaten qui ex eadem ... *gente proditi sunt* hervortritt, und nur dem Grade nach ist der Agnat das Nähere. Darum zeigt sich dasselbe auch geschichtlich. In derselben Zeit, in welcher das Recht der Gentilen in Vergessenheit fällt, hat auch das Recht der Agnaten durch das im prätorischen Recht zur Entwickelung gelangende Prinzip der Familie oder der Kognation schon seine Unterminierung erfahren.

Wir haben jetzt näher gesehen, wie das Intestatrecht, das Individuum in seinen Voraussetzungen suchend und von Voraussetzung zu Voraussetzung zurückgehend, um es zu finden, sich auf das konkreteste als das herausstellt, als was wir es oben definiert haben, als: der vorausgesetzte Wille des Individuums.

Wir haben zugleich gesehen, als was das Intestatgesetz das Individuum sucht, nämlich nicht nach der Seite seiner sonstigen menschlichen und natürlichen Beziehungen, sondern als Willenssubjektivität.

Es bleibt übrig, eine dritte Seite nur noch hervorzuheben, da sie in dem Vorigen bereits enthalten ist. Wie sucht das Intestatrecht das Individuum? Wir haben oben (S. 515 fg.) den spekulativen Begriff des Intestatrechtes sich durch sich selbst dahin entwickeln sehen, daß es der vorausgesetzte Wille des Individuums sei, welcher aber, weil sich nicht besondernd, aufgefaßt werde als identisch mit dem allgemeinen Wesen des

Willens, oder mit dem allgemeinen Willen. Es bestimmte sich uns demnach der konkrete Begriff des Intestatrechtes als der allgemeine Wille des Volkes, vorausgesetzt und geltend als der Wille dieses Individuums. In der Tat liegt diese Seite des allgemeinen Willens im höchsten Maße beim Intestatrecht, nicht etwa nur formell in seinem Gesetzescharakter überhaupt, sondern ebensosehr inhaltlich vor, und ist bereits identisch mit der soeben konkreter erörterten Betrachtung, als was das Intestatrecht das Individuum auffaßt.

Das Wesen des Volkes ist die Willensgemeinschaft oder der allgemeine Wille. Diese Willensgemeinschaft, welche den Begriff des Volkes überhaupt bildet, gliedert sich aber innerhalb desselben aus verschiedenen Kreisen dieses Ganzen, aus welchen das Volk erwächst. Die subjektivste Spitze derselben ist die Willensidentität zwischen dem Ich und den suis, hinter dieser die gewesene Willensidentität der Agnaten, hinter dieser die Voraussetzung dieser gewesenen Willensidentität oder die Gentilen, hinter diesen endlich der große, ganze Willenskreis oder das Volk. Indem also das Intestatrecht das Prinzip der Willensgemeinschaft zu seinem Inhalt nimmt, nimmt und hat es keinen anderen Inhalt als den Begriff des Volkes oder des allgemeinen Willens selbst, und die organischen Gliederungen, aus welchen das Volk erwächst; nimmt und hat es keinen anderen Inhalt als den Begriff, welcher formell der Begriff eines jeden Volkes ist, aber formell und inhaltlich der bestimmte Begriff des römischen Volkes ist und die realen Basen bildet, auf welchen diese Willensgesellschaft — wie man das römische Volk charakterisieren könnte — beruht.

Es zeigt sich also hier konkreter, mit welchem Recht wir oben sagten, der Begriff des Intestaterbrechtes sei der *allgemeine* Wille, vorausgesetzt, aufgefaßt und geltend als der Wille *dieses* Individuums. Was das Intestaterbrecht zu seinem *Inhalt* hat, ist der *allgemeine* Wille oder das Prinzip des *Volkes*, und es kann nur deshalb den Willen des Individuums nicht mit dem allgemeinen Willen schlechthin zusammenfallen lassen (das Volk zum Erben einsetzen), weil es den *allgemeinen* Willen zwar, aber *ihn* als den *vorausgesetzten Willen* des sich nicht besondernden *Individuums*, zum Inhalt hat. Weil der *allgemeine* Wille im Individuum, auch *ohne* Besonderung und tätiges Sichselbstsetzen von seiner Seite, immer sofort durch diese organischen *individualisierten Gliederungen* *vermittelt* ist, muß das Gesetz *diese Gliederungen* zur Erbfolge berufen. Oder weil der *als allgemeiner vorausgesetzte* Wille des Individuums das Prinzip des Erbrechtes ist, muß es diesen gegliederten Kreisen die Erbfolge übertragen; denn *sie sind selbst* die *realen*, in *physischer Gestalt existierenden Voraussetzungen* und Grundlagen, durch welche der individuelle Wille mit dem allgemeinen vermittelt ist; sie *sind* die *Voraussetzung* von dem im Individuum vorhandenen *Zusammenhang* mit dem allgemeinen Willen. Der allgemeine Wille ist nur *als vorausgesetzter* (nicht als testamentarisch-ausgedrückter) *im* Individuum, und sie selbst, diese Gliederungen, *sind gerade* die *existierende Voraussetzung* davon, *daß* der allgemeine Wille überhaupt in *ihm vorhanden ist*, d. h. daß das Individuum diesem Volke *angehört*. Sie sind also selbst, diese Kreise, ihrerseits *materiell eben dasselbe*, was das Prinzip des Intestatrechtes

bildet; sie sind: der als Voraussetzung im Individuum vorhandene allgemeine Wille.

Es hat sich durch diese Betrachtung also ergeben, daß es der Begriff des Volkes oder des allgemeinen Willens ist, welchem in den gegliederten Kreisen und Genossenschaften, in welchen er im Volke realisiert ist, das Intestatgesetz das Erbrecht überträgt. Sahen wir also früher, das Intestatgesetz sei ein Suchen des Individuums, so sehen wir jetzt also, daß, wenn dies wegen der spekulativen Identität beider Begriffsmomente auch mit Recht gesagt werden kann, in bezug auf den inhaltlichen Gedanken des Intestatgesetzes noch tiefer und konkreter gesagt werden muß: das Intestatgesetz sei ein Suchen des Allgemeinen in seinen organischen Gliederungen und habe dieses, das Prinzip des Volkes, zu seinem Inhalt. Indem das Intestatgesetz aber darauf ausgeht, den allgemeinen Willen, das Prinzip des Volkes, in seinen sich abstufenden Gliederungen zu suchen, muß es das Prinzip des (römischen) Individuums finden; denn als diese Gliederungen des allgemeinen Willens muß es die Willenskreise ergreifen und zu Nachfolgern einsetzen, aus welchen der allgemeine Wille organisch erwächst; es muß dies, weil der Inhalt dieses Volksgeistes selbst der Willensbegriff ist. Eben deshalb nun muß es, indem es diesen in seinen Gliederungen sucht, das Prinzip des Individuums, nämlich des römischen Individuums, finden, weil dieses selbst sich als nichts anderes auffaßt denn als Willenssubjektivität. Daß dieses Übereintreffen nicht zufällig ist, ist freilich sofort sehr durchsichtig. Wäre der Inhalt dieses Volksgeistes nicht der Willensbegriff, so würde das Individuum sein Wesen nicht ausschließlich darin erfassen: Willenssubjektivität zu sein. Und um-

gekehrt: Wenn das Individuum nicht sein geistiges Wesen, das Wesen des Menschen überhaupt, gerade dahineinsetzte: Willenssubjektivität zu sein, so würde der Willensbegriff nicht der inhaltliche Begriff des römischen Volksgeistes, und daher seine Realisierung und Durchführung durch Erschaffung des Rechtssystems[1]) seine Tat sein.

Aber es reicht auch nicht hin, die begriffliche Identität beider Momente, des Allgemeinen und des Individuellen, als eine bloß vorhandene aufzufassen und sich so zu erklären, daß das Intestatgesetz, indem es das Allgemeine sucht, das Individuelle trifft; sondern alles hängt davon ab, begreifend festzuhalten, daß diese Identität auch von vornherein schon im Prinzip des Intestatgesetzes gesetzt ist. Denn das Intestatgesetz sucht ja den allgemeinen Willen, wie er im Individuum als vorausgesetzt vorhanden ist, und die an sich vorhandene Identität beider Momente ist somit von Haus aus bereits im Prinzip des Intestatrechtes auch gesetzt.

Fassen wir also noch einmal die Dialektik der Begriffsmomente des Intestatrechtes — wir betonen sie so sehr, weil nur durch die genaueste Bewältigung derselben die logische Notwendigkeit des römischen Intestatrechtes begriffen und seine scheinbaren Widersprüche beherrscht werden können, und weil sich nur von dieser Grundlage aus die weitere reale Entwickelung, die wir im Nachfolgenden antreffen werden, sich verstehen und die detaillierte Dogmatik und Geschichte desselben, die wir hier nicht geben können, sich schreiben läßt — kurz in zwei Sätze zusammen: Der formelle Begriff des Intestatrechtes ist der vorausgesetzte Wille des sich

---

[1]) Vgl. oben S. 36.

nicht besondernden Individuums. Wird also auf den formellen Begriff des Intestatrechtes gesehen, so steht derselbe von Haus aus zunächst unter der vorherrschenden Bestimmung des Individuellen, und dies ist daher das Moment, welches festzuhalten ist, überall wo es auf die formelle Stellung des Intestatrechtes, sein formelles Verhältnis zum Testamentsrecht usw. ankommt.

Welches ist aber der inhaltliche Begriff des Intestatrechtes, oder welches ist der Inhalt des vorausgesetzten individuellen Willens?

Weil, wie wir oben (S. 515fg.) sahen, der Wille, als sich nicht besondernder, mit seinem allgemeinen Wesen, mit dem allgemeinen Willen identisch ist, so ist also — und zwar wie mit logischer Notwendigkeit durch jenen formellen Begriff selbst gegeben ist — der inhaltliche Begriff des Intestatrechtes der allgemeine Wille. Hier scheint also das Moment des Individuellen, indem es in seinen Gegensatz, das Allgemeine, umschlug, nur in einen Gegensatz umgeschlagen oder in diesem untergegangen zu sein. Allein dies wäre ein bloßer, und zwar ein ganz unmöglich festzuhaltender Schein. Denn es ist ja als inhaltlicher Begriff des Intestatrechtes der allgemeine Wille nur gesetzt seiner Identität mit dem sich nicht besondernden individuellen Willen halber. Es ist also die Identität des allgemeinen und individuellen Willens auch im inhaltlichen Begriffe des Intestatrechtes schon mitgesetzt. Oder es ist der allgemeine Wille, wie er im Individuum als vorausgesetzter, von selbst individualisierter vorhanden und daher in jenen organischen individualisierten Gliederungen und Willenskreisen gegeben ist, durch welche der allgemeine Wille im Individuum da und mit ihm vermittelt ist.

Der gesamte Begriff des Intestatrechtes ist also eine

Identität, und zwar eine als solche gesetzte Identität seiner beiden Momente, des individuellen und allgemeinen Willens, eine Einheit, die in bezug auf den formellen Begriff des Intestatrechtes unter der vorherrschenden Begriffsbestimmung des Individuellen, in bezug auf den inhaltlichen Begriff des Intestatrechtes unter der vorherrschenden Begriffsbestimmung des Allgemeinen gesetzt ist, da sie aber beidemal als Einheit gesetzt ist, diese ihre identischen und deshalb dialektisch ineinander übergehenden Bestimmungen ebensogut auch miteinander zu vertauschen scheinen kann. Wird z. B. bei äußerlich-formeller Betrachtung darauf gesehen, daß das Intestatgesetz qua Gesetz ja den allgemeinen Willen darstellt, so kann nun etwa auch gesagt werden, der formelle Begriff des Intestatrechtes sei der allgemeine Wille und sein inhaltlicher Begriff sei der, das Individuum und seinen vorausgesetzten Willen zu suchen. Ebenso, wird bei dem inhaltlichen Begriff des Intestatrechtes darauf gesehen, daß das, was dabei festgehalten und zum Vorschein gebracht wird, immer der individuelle Willensbegriff ist, so kann gesagt werden, dieser sei das Inhaltliche des Intestatbegriffes, und das Allgemeine jener Kreise und Genossenschaften nur die Form, in welcher dieser individuelle Inhalt verwirklicht ist. Die Hauptsache besteht nur darin, sich von dem Spiel dieser Abstraktionen nicht täuschen zu lassen, sondern ihre sofort ineinander übergehende und als solche gesetzte begriffliche Einheit festzuhalten.

Diese Einheit war aber auch schon in unserer ersten Begriffsentwickelung des Intestatrechtes als: des allgemeinen Willens, vorausgesetzt und aufgefaßt und geltend als der Wille dieses bestimmten Individuums

vollständig *gesetzt*, und, was wir jetzt näher betrachtet haben, ist nur die sich gegeneinander fixierende Form, in welche sich diese Momente, gerade weil jedes derselben auch in das andere übergeht und mit ihm in Einheit gesetzt ist, formell gegeneinander auflösen und täuschend festsetzen können, wenn ihre begriffliche Einheit nicht bewältigt wird.

Der *inhaltliche* Begriff des Intestatrechtes also, sagten wir, ist die Einheit des individuellen und allgemeinen Willens, *gesetzt* unter der herrschenden Begriffsbestimmung des *Allgemeinen*. Dies zeigt sich als die konkrete Wahrheit der Materie sofort daran, daß das Intestatgesetz bei seinem *Suchen* zwar das *Prinzip* des Individuums, wie wir sagten, *findet*, aber nicht mehr das Individuum, die *einzelne* Willenssubjektivität und ihre *Identität* (suus, Testamentserbe) selbst. Wäre dies da, so begänne das Intestatrecht gar nicht sein Suchen. In diesem Suchen entfernt es sich vielmehr immer mehr von dem Individuum *als solchem*, immer mehr an das *rein Allgemeine* des Volkes sich annähernd, und so aufzeigend, welches von vornherein das *Wie* und *Wo*, der *Weg* und die *Richtung* dieses Suchens ist. In der Tat war dies aber auch schon damit ausgesprochen, daß wir sagten, in seinem Suchen findet das Intestatgesetz das *Prinzip* des Individuums, nicht dieses selbst. Denn das *Prinzip* des Individuums ist eben der *volksgeistige Inhalt* oder das *rein Allgemeine desselben*.

Es hat sich also — und hierin lag die notwendige Ursache dieser auf die früheren Ausführungen zurückblickenden Betrachtung — als der letzte und tiefste Grund von jenem: *als was* das Intestatgesetz das Individuum *sucht und findet*, das *Wie* und *Wo*, der *Weg* und die *Richtung* ergeben, auf welchen es dasselbe sucht.

Das Prinzip dieses Suchens ist es, welches dies konkrete Suchen selbst und sein Finden bestimmt. Und das Prinzip und die Richtung dieses Suchens ist, das Individuum zu suchen in seinem Zusammenhang mit dem allgemeinen Willen.

Es bleibt also dabei, daß der inhaltliche Begriff des Intestatrechtes die unter der herrschenden Begriffsbestimmung des allgemeinen Willens gesetzte Einheit des allgemeinen und individuellen Willens ist. Oder es bleibt dabei, daß es der Begriff des Volkes oder des allgemeinen Willens ist, welcher in den gegliederten Kreisen und Genossenschaften, in welchen er im Volke realisiert ist, vom Intestatgesetz zur Erbfolge berufen wird[1]).

---

[1]) Der einzige, dem hiervon eine ganz falsche Ahnung, aber doch immer irgendeine Ahnung, dämmerte, ist Niebuhr (Römische Geschichte, zweite Ausgabe, II, 381). „Er hat", sagt Huschke (Rhein. Mus., VI, 289, Note 51), ihn hart darüber anlassend, von ihm, „die ganz unjuristische Idee, das Volk habe deshalb die Testamente bestätigen müssen (bei den Komitientestamenten), weil, wenn ein einzelner gestorben wäre, das Vermögen mittelbar durch familia, gens, curia hindurch eigentlich dem Volke gehört hätte." (Niebuhr sagt nämlich daselbst: „Da das Vermögen eines ausgestorbenen Geschlechtes der Kurie, dasjenige einer erloschenen Kurie dem publicum der gesamten Bürgerschaft zufiel, bedurfte es der Einwilligung des ganzen Populus, und hier liegt der Ursprung der Testamente vor Pontifex und Kurien.") „Aber bekanntlich", fährt Huschke fort, „wurden die bona vacantia ehemals herrenlos und erst durch die lex Julia und Papia dem Ärarium überwiesen. Und wollte man jenen dem römischen Rechte ganz fremden Gedanken überhaupt konsequent anwenden, so würden, wenn jemand Agnaten oder wenigstens Gentilen hinterlassen hätte, diese und nicht das durch sie ausgeschlossene Volk haben genehmigen müssen. Niebuhr kannte das Recht historisch, wußte

Verhält sich dies so, so ergibt sich sofort eine notwendige Konsequenz. Ist es die Gliederung des Allgemeinen als solchen, welcher das Erbrecht übertragen wird, so sind es nicht die zu diesen Kreisen gehörigen einzelnen Personen als solche, welchen das Erbrecht gegeben wird, sondern sie nur insofern, als sie die zeitigen Repräsentanten solcher Kreise und Genossenschaften, die zeitigen Träger einer solchen Gliederung des allgemeinen Willens sind. Oder es ergibt sich hier nur noch weit konkreter und bestimmter, daß und warum das Intestaterbrecht, wie wir schon S. 517 zeigten, ein Erbrecht der *ordo* ist, ein Erbrecht der Standesgenossenschaft, wie man sich vollkommen wohl ausdrücken kann, wenn man festhält, daß der Inhalt

---

es aber nicht juristisch", schließt Huschke mit gesperrter Schrift. — Es ist nun freilich ganz falsch, daß das Testament in den Komitien vom Volke bestätigt worden wäre; Huschke hat auch recht, daß selbst unter Voraussetzung der Niebuhrschen Annahme dann die Gentilen und Agnaten hätten genehmigen müssen. Er hat auch recht, sich gegen Niebuhr darauf zu berufen, daß im alten Recht die bona vacantia herrenlos wurden, was aus unserer Begriffsentwickelung mit Notwendigkeit folgt, wie wir später noch näher sehen werden. Er hat überhaupt recht, die ganze Ansicht Niebuhrs, wenn ein einzelner gestorben wäre, habe sein Vermögen eigentlich mittelbar dem Volke gehört, eine vollkommen falsche und unjuristische zu nennen. Das Vermögen gehört nur dem Individuum. Wenn es stirbt, kann es nur dem individuellen Willensfortsetzer gehören. Wenn auch noch der letzte, d. h. vorausgesetzte, durch die allgemeine Willensnatur des Toten bestimmte individualisierte Fortsetzer diese zu geben ausschlägt, die Fortexistenz des erblasserischen Willens also negiert ist, muß es, individualitäts- und herrenlos, eine Beute des ersten Okkupanten sein. Aber trotz alledem ist, wie aus dem Obigen von selbst folgt, auf dem Grunde dieser Irrtümer immer noch die wahre Ahnung vorhanden, daß der

dieses Standes nichts anderes als jene Willensgemeinschaft in einer ihrer Gliederungen ist. Nicht die Individuen erben, sondern die Idee dieser Willensgliederung erbt, und das Individuum daher nur, insofern es der zeitige Repräsentant dieser Gemeinschaft für den Verstorbenen ist, und es muß daher schlechterdings in den Zwölf Tafeln heißen: agnatus *proximus* habeto.

Wir haben aber hiermit im voraus einen Punkt in seiner tiefen Notwendigkeit aufgezeigt, welcher nicht nur, wie fast der ganze erbrechtliche Stoff, bisher niemals begriffen werden konnte, sondern von dem man sich selbst kaum verhehlte, daß man ihn schlechterdings unbegreiflich fand, und den man deshalb, wie stets in solchen Fällen,

---

Volksbegriff selbst das sukzedierende Subjekt des römischen Intestatrechtes sei. In Niebuhrs Irrtum, so radikal er ist, ist mehr geistige Wahrheit enthalten als in hundert juristischen Richtigkeiten. Für einen solchen Irrtum verdient man nicht so vornehm behandelt zu werden, wie Huschke in jenem Gegensatz des „historischen Kennens" und „juristischen Wissens" tut. Wenn Huschke sich hätte rühmen wollen, daß das „juristische Wissen" in ihm gipfelt, so wäre er hierzu sehr berechtigt. Dies ist von allen Seiten anerkannt, und niemand wird es ihm bestreiten. Wenn Huschke aber das „juristische Wissen" selbst rühmen will, so hat er sehr unrecht. Das „juristische Wissen" hat keine Veranlassung, sich zu belorbeeren, wie ihm wohl von jeder Seite dieser beiden Bände aus klar geworden sein kann, obwohl wir alle Polemik soviel als möglich vermieden haben. Damit es sich inzwischen darüber nicht täusche, werden wir im Laufe dieser Nummer und in der Beilage zu derselben ohnehin noch Veranlassung haben, die Natur dieses „juristischen Wissens" an Huschke selbst, gerade weil dasselbe in ihm gipfelt, zur Darstellung zu bringen. — Niebuhr aber wurde durch seinen historischen Blick, der noch etwas ganz anderes ist als das „juristische Wissen", zu dieser Ahnung befähigt.

auf den „starren Buchstabenformalismus" des römischen Rechtes zurückwarf. Wir meinen den zivilistischen Grundsatz, daß, wenn der zur Zeit des Todes nächste Agnat ausschlägt oder stirbt, das ganze Erbrecht der Agnatenklasse, und nicht weniger auch das der Gentilenklasse fortfällt, statt daß die anderen Agnaten und resp. die Gentilen an die Reihe kommen, oder wie die Römer diesen Grundsatz ausdrücken: „in legitimis hereditatibus successio non est[1])."

Noch der neueste Schriftsteller Jhering in seinem „Geist des römischen Rechtes"[2]) äußert sich, näher darauf eingehend, hierüber folgendermaßen[3]): „Das Wort proximus (in den Zwölf Tafeln) mußte als Vorwand zur Ausschließung der successio graduum, die folgenden: si agnatus nec escit zur Ausschließung der successio ordinum dienen. Beide Passus nahm man nämlich im absoluten Sinn, d. h. wenn ein nächster Agnat im Moment des Todes des Erblassers existierte, am Leben war, mochte er im übrigen auch die Erbschaft ausgeschlagen haben, oder vor der Antretung derselben verstorben sein, so erklärte man den nächstfolgenden Agnaten nichtsdestoweniger für beseitigt, weil er im Moment des Todes des Erblassers nicht der proximus gewesen, und ebenso ließ man in dem Falle die Gentilen nicht zu, weil sie nur für den Fall si agnatus nec escit gerufen waren, der spätere Tod oder Verzicht des Agnaten aber die Existenz desselben nicht ungeschehen machen konnte. Es war dies in der Tat ein Musterstück der Wortinterpretation (!), denn bei unbefangener Betrachtung kann man sich doch nicht verhehlen, daß bei der Intestaterbfolgeordnung der Entferntere nicht

1) Paulus, R. S., IV, 8, § 23; Ulpian, XXVI, § 5; Gajus, III, §§ 11, 12.

2) II, 483 (Leipzig 1858).

3) Vgl. oben S. 308, Note 1.

an sich und schlechthin, sondern nur im Interesse des Näheren ausgeschlossen ist, daß mithin, wenn letzterer später ausfällt, kein Grund abzusehen ist, warum der Entferntere nicht einrücken soll, da er, wenn auch nicht absolut, so doch relativ für diese Erbschaft jetzt der Nächste geworden ist. Wir würden daher, wenn jene Ausdrücke in einem heutigen Gesetz vorkämen, sie im relativen Sinne interpretieren, d. h. sagen: Der nächste Agnat ist derjenige, dem für diese Erbschaft kein näherer im Wege steht, und ebenso sind die Gentilen zuzulassen, wenn in diesem Sinne kein Agnat existiert, d. h. sein Erbrecht geltend machen kann oder will[1])."

Jhering hat ganz recht! Wenn man mit deutschem Bewußtsein an das römische Recht herangeht, wenn man die Erbschaft für eine Vermögenszuwendung, die Intestaterbschaft für ein Recht der Familienglieder usw. hält, kurz, wenn man alles für etwas anderes hält, als es wirklich ist, wie sollte man nicht im römischen Recht anderes zu finden erwarten, als man wirklich findet? Und so bleibt dann, weil doch alles seine Erklärung haben will, freilich nichts anderes übrig, als diese in den starren Buchstabenformalismus zu setzen, der, wenn er wirklich als solcher dieses „Musterstück" von Wortinterpretation geliefert hätte, damit nur ein Musterstück von Sinnlosigkeit zutage gefördert haben würde. Denn wenn wirklich „die Agnaten", wie in diesem Räsonnement vorausgesetzt wird, die zur Intestaterbschaft Berufenen gewesen wären, d. h. wenn ihnen als einzelnen Personen ein eventuelles Erbrecht vom Zwölftafelgesetze übertragen worden wäre[2]), so würden die römischen Juristen ohne

[1]) Ebenso in der Sache: Gans (II, 381 fg.), Savigny, und überhaupt alle Autoren.

[2]) Vgl. Bd. I, S. 720.

Zweifel ebensogut wie die unserigen eingesehen haben, daß dann der bloße Ausdruck proximus agnatus die entfernteren Agnaten bei dem Fortfall des ersteren keineswegs ausgeschlossen haben würde. Im Gegenteil wäre dies rechtlich unmöglich, wäre schlechthin unjuristisch gewesen; denn wäre durch das Intestatgesetz den einzelnen zu der Agnation gehörigen Personen als solchen ein eventuelles Erbrecht erteilt gewesen, so wäre der Tod des vorhergehenden Agnaten ja gerade die rechtliche Bedingung[1]) für die aktuelle Verwirklichung des eventuellen Rechtes der auf ihn folgenden Agnaten, nicht aber ein Grund für den Fortfall des Rechtes derselben gewesen.

Die römischen Juristen würden dann also nicht „Wortinterpretation", sondern schnödeste Wortmißhandlung und sinnloseste Gesetzesverstümmelung getrieben haben; sie würden das vom Gesetz den Agnaten gegebene Recht schlechthin widerrechtlich fortgeleugnet haben.

In der Tat gibt dies ja auch die „unbefangene Betrachtung" vollkommen zu, indem sie sich das Dasein des Rechtes der entfernteren Agnaten „nicht verhehlen kann".

Was in diesem „Nichtverhehlen" heraustritt, ist nur das Eingeständnis, daß das juristische Wissen von heute von dem juristischen Wissen von damals sehr weit entfernt ist und jedes Verständnis desselben verloren hat.

Bereits muß aber nach unseren vorhergehenden Erörterungen der Grund, warum schlechterdings keine successio graduum, keine Aufeinanderfolge der einzelnen agnatischen Personen im Intestaterbrecht stattfinden kann, vollkommen evident sein.

---

[1]) Und als solche rechtliche Bedingung im Gesetz selbst enthalten.

Sie kann nicht stattfinden, weil ja das Intestaterbrecht, wie wir sahen, gar kein Erbrecht der einzelnen Individuen, kein Erbrecht der Familienmitglieder, sondern nur ein Erbrecht der *ordo* ist, ein Erbrecht der Idee der in diese Kreise gegliederten allgemeinen Willensgemeinschaft, vertreten durch den, der für den Verstorbenen der zeitige wirkliche Repräsentant dieses Kreises, der Träger dieser Idee, der nächste Agnat und also der lebendige Durchgangspunkt ist, durch den hindurch sich der Zusammenhang des Gestorbenen mit diesem Willenskreise überhaupt vermittelt. Es ist ein Erbrecht der *ordines,* d. h. der Reihen, in welche die allgemeine Willensgemeinschaft sich gliedert, vertreten und lebendig in dem Führer dieser Reihe, dem nächsten Agnaten! Ein Erbrecht der Reihe, also nicht der Reihe, insofern sie nicht Reihe ist, der Reihe, insofern sie aufgelöst ist in Individuen — insofern wäre sie ja eben schon formell keine Reihe, was aber inhaltlich nichts anderes heißt, als daß in diesen Punkten (Individuen) ein rein persönliches von Punkt zu Punkt gehendes Verhältnis (Familienverwandtschaft) existent sein könnte, niemals aber eine Gliederung des allgemeinen Willens des Volkes vorhanden sein würde[1]). Es ist ein Erbrecht der Reihen, ein Erbrecht der Kolonnen, durch welche die römische Individualität auf ihrem Hintergrund, dem allgemeinen Volkswillen, steht und mit ihm vermittelt ist.

Hat also der Führer der Kolonne ausgeschlagen, so hat die Kolonne ausgeschlagen! Oder vielmehr,

---

[1]) Gliederung eines Allgemeinen in einer Vielheit von einzelnen ist eben: Reihe.

sie hat gar nichts auszuschlagen, denn das Erbrecht war niemals das ihrige als das der einzelnen, aus denen die Kolonne sich zusammensetzt, sondern es war das Erbrecht der Kolonne als solche und so in ihrem Führer lebendig und repräsentiert.

Mit anderen Worten, die jetzt vollkommen durchsichtig sein müssen: Es ist kein Erbrecht „der Agnaten und Gentilen", wie man sich stets ausdrückt, schon in dieser unmerklich geänderten Ausdrucksform das Falsche hineintragend, sondern es ist ein Erbrecht der Agnation und Gentilität; diese Begriffe sind es, die berufen sind, in die Willenssubjektivität einzutreten und sie fortzusetzen, wenn sie stirbt, und wenn daher der zu dieser Zeit nächste Agnat, derjenige, welcher als Durchgangspunkt die gewesene Willensidentität in sich darstellt[1]) und das Individuum so mit dem Gesamtkreis der Agnation verbindet, nicht will, die Willensidentifikation mit der Willenssubjektivität des Toten (die Adition) nicht vornimmt (ausschlägt oder stirbt), so hat der Begriff des Agnationskreises selbst in seinem Träger nicht gewollt, und von einer successio graduum kann auf diesem Standpunkt nach dem eigenen Gedanken desselben gar keine Rede sein.

Was ist es für ein Wunder, daß hier bei der ordo succedendi, bei der Erbordnung, dasselbe formell zum Vorschein kommt, was von Haus aus materiell das Prinzip des Erbrechtes der Agnation war?

Da das materielle Erbrecht nur ein Erbrecht der *ordo* als solcher ist, nicht der einzelnen Individuen, sondern jener Gliederungen des Allgemeinen ist, wie sollen bei der Erbordnung die

---

[1]) Siehe oben S. 544 fg.

einzelnen Personen sich aufeinander folgen können? Es ist vielmehr höchste geistige Notwendigkeit, es ist höchste Einheit von Form und Inhalt, daß sie dies nicht können. Es ist ganz unmöglich, daß sie es können, denn jedes Gesetz wird dasselbe Prinzip in der Erbordnung realisieren, was schon das materielle Prinzip seines Erbrechtes ist.

Es ist daher nur das formelle Zumvorscheinkommen desselben Prinzips, was auch schon sein materielles Erbrechtsprinzip war, welches diese successio graduum im alten Intestatrecht ausschließt.

Wenn unsere Autoren das materielle Erbrecht der Zwölf Tafeln nicht verstehen, sich aber hierüber täuschen, so kommt in ihrer Verwunderung über das formelle Erscheinen desselben Prinzips in bezug auf die Erbfolge eben auch nur höchst formell zum Vorschein, daß und wie sehr sie sich über das materielle Erbrechtsprinzip der Zwölf Tafeln getäuscht haben. Der Begriff des Erbtums allein, der schon diese Einheit von Erbrecht und Erbordnung in sich enthält, weiß diese in ihnen zum Vorschein zu bringen.

Es zeigt sich zugleich aus dem Vorigen, daß es auf eine bestimmte Nähe, auf eine absolute Nähe in der Agnation für dieses Intestatrecht gar nicht ankommen kann, d. h. daß dasselbe keinen Grad festsetzen kann, jenseit dessen die Agnation nicht wirkt, was es nur könnte, wenn es Familien-, Verwandtschaftsrecht wäre. Hier dagegen ist jede Nähe und Entfernung gleichgültig. Jeder, auch der entfernteste Agnat ist nahe genug, wenn er nur zur Zeit der relativ-nächste[1]),

---

[1]) Es ergibt sich beiläufig aus dem Obigen, mit welcher merkwürdigen Begriffsverwechselung Gans a. a. O. das Intestatrecht der Zwölf Tafeln, weil er dasselbe ebensowenig be-

d. h. wenn er nur der zeitige Führer der Willenskolonne ist.

Es zeigt sich hierin, wie dies Erbrecht eigentlich eine — was man jetzt nicht mehr mißverstehen können wird — Erbordnung ohne Erbrecht ist[1]), oder richtiger, daß Erbordnung und Erbrecht absolut in demselben Punkte zusammenfallen und sich erzeugen. Es ist eine Erbordnung ohne ein von dieser getrenntes, den Personen der Agnaten einwohnendes Erbrecht. Es ist wie in einer Schlacht. Auf Vordermanns Rumpf springt Hintermann. Wenn er gerade in diesem Augenblick der Nächste in der Reihe, in der Ordnung, sein wird, wird er auch dies Recht haben und den Verblichenen fortsetzen können. Ist er nicht der Nächste in der Reihe, hat er auch kein Recht, kann nicht springen.

Durch diese Betrachtung wird vielleicht am deutlichsten, warum von einer successio graduum nicht die Rede sein

---

greift, als das der „absoluten Nähe", charakterisieren und erklären will. Die absolute Nähe wäre eine bestimmte Nähe, eine in sich selbst ruhende Nähe, jenseit welcher keine Nähe mehr ist. Das Intestatrecht der Zwölf Tafeln ist vielmehr das der relativen Nähe. Der relativ Nächste ist berufen.

[1]) Um dies deutlicher zu machen: In den deutschen Familienfideikommissen z. B. ist eine Erbordnung vorhanden, die gleichfalls nur auf den nächsten Agnaten geht, und ein Erbrecht, das der ganzen Familie übertragen ist, so daß das Erbrecht derselben von der Erbordnung getrennt und selbständig ist und nur innerhalb dieser ordo succedendi in die Erbschaft einrückt. Ebenso in der durch Justinian vorgenommenen Umwälzung des Intestatrechtes, über die wir noch sprechen werden. Nur das Begreifen dieses Unterschiedes von dem Obigen, wo außer der Erbordnung kein über sie hinausgehendes Erbrecht da ist, gibt den Begriff des alten Intestatrechtes.

kann. Denn der einzelne Agnat hat als solcher gar kein Recht, und hat es nie gehabt; er wird es erst bekommen, wenn er in jenem Zeitmoment an jenem Fleck stehen wird. Es ist reine Ordnung, und von hier aus erklärt sich der innere Grund der großen Vorliebe, mit welcher die römischen Juristen für das Intestaterbrecht den Ausdruck *ordo* succedendi gebrauchen. Und ebenso folgt daraus, wie, wenn die ganze Reihe nicht da ist, jetzt die andere Reihe, die Gentilität, einrücken muß.

Aber, wird man vielleicht fragen, wenn die successio graduum auch ausgeschlossen sein muß, warum ist auch die successio ordinum ausgeschlossen? Wenn auch mit dem Nichtfortsetzenwollen des nächsten Agnaten der ganze Agnatenkreis ausgeschlossen sein muß, warum kommen die Gentilen nicht an die Reihe? Und würde dies nicht gerade durch jenes Erbrecht der ordo erfordert sein?

Allein auch diese Frage würde nur beweisen, daß man den gesamten Begriff des Erbtums und des Intestaterbtums insbesondere aus den Augen verloren hat.

Der Erbe ist die Willensidentität und Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjektivität, der testamentarische Erbe der ausdrücklich gesetzte, der Intestaterbe der vorausgesetzte individuelle Wille des Toten. Dies hatte sich uns als der allgemeine, formelle Begriff des Intestaterbtums ergeben.

Wird also im Intestaterbrecht der individuelle Wille des Toten auch als ein vorausgesetzter behandelt und fortgesetzt, so muß er doch als ein bestimmter behandelt werden, sonst würde er gar nicht als Wille behandelt. Denn jeder Wille ist dies, ein bestimmter zu sein. Der Wille des Toten ist also, obgleich ein vorausgesetzter, doch immer als ein bestimmter vorausgesetzt, d. h. auf den Willen eines anderen bestimm-

ten Individuums gerichtet. Oder durch den vorausgesetzten individuellen Willen des Toten ist daher ein bestimmtes Individuum, der nächste Agnat, dazu berufen: ihm durch seinen Willen Fortexistenz zu geben. Folglich kann, ohne diesen Willen des berufenen Agnaten, also wenn er ausschlägt oder stirbt, dem Willen des Toten keine Fortexistenz von einem anderen gegeben werden, ebensowenig durch den Willen eines anderen Agnaten, oder des Gentilen, wie durch den irgendeines beliebigen Dritten.

Dasselbe, was von seiten des individuellen Willens des Sterbenden, zeigt sich aber auch — denn beides ist identisch — von dem betrachteten inhaltlichen Begriffe des Intestatrechtes, von dem Erbbegriff der ordo aus. So wenig wie ein entfernterer Agnat vorspringen kann, weil er nicht an der Reihe ist, so wenig kann natürlich der Gentile springen, denn der vor ihm stehende Agnat hindert ihn. Die Reihe der Gentilität steht ja erst hinter den Agnaten, und der letzte Agnat ist daher noch der Vordermann des Gentilen. Oder, um von dem Bilde abzusehen: Welches ist denn überhaupt der inhaltliche Grund des gentilischen und agnatischen Erbrechtes? Die Gliederung des allgemeinen Willens, in welcher sich dieser mit dem individuellen Willen, und der individuelle Wille mit dem allgemeinen vermittelt. Mit dem Willenskreise der Gentilität ist aber der Römer erst durch den Agnaten vermittelt, wie er erst durch die Gentilität mit dem allgemeinen Willen des Volkes vermittelt ist. Wie das Individuum erst suus ist, dann gewesene Willensidentität oder Agnat, so ist es erst durch diese gewesene Willensidentität mit dem Hintergrunde ihres Willenskreises, dem Willenskreise der Stammeseinheit, und durch diesen erst mit der ganzen großen Willensgemeinschaft des Volkes

vermittelt. Wenn also jenes „durch" noch vorhanden ist, wenn ein zur Zeit des Todes vorhandener Träger des Willenskreises, durch welchen das Individuum erst mit dem Willenskreise der Stammeseinheit vermittelt ist, direkt oder indirekt ausschlägt, der Willenssubjektivität des Toten Fortexistenz zu geben (repudiiert oder stirbt), so hat der Erbe, d. h. der in seinen Gliederungen eingesetzte allgemeine Wille, der durch den vorausgesetzten Willen des Individuums berufen war, ihm Fortexistenz zu geben, sich dessen geweigert[1]) und — dies liegt schon im Begriff der Gliederung — der Zusammenhang ist abgebrochen, die angebotene Identität ist ausgeschlagen. Wie wenn der testamentarische oder ausdrückliche Erbe die Identität ausschlägt oder stirbt, das Intestatrecht oder der vorausgesetzte Erbe eintritt, so muß notwendig, wenn auch dieser vorausgesetzte Erbe, der allgemeine Willenszusammenhang in seinem berechtigten Träger, ausschlägt, der Erblasser erblos werden und sein Vermögen in der alten Zeit des jus civile, d. h. vor der lex Julia et Papia, herrenlos sein, und nach dieser dem ungegliederten rein Allgemeinen des Fiskus anheimfallen.

Alles, was wir hier entwickelt haben, ist nun schon in der graphischen Wortfassung der oben mitgeteilten Zwölftafelstellen vollständig enthalten. Darum also sagt das Zwölftafelgesetz nur: agnatus proximus habeto, und nichts davon, daß etwa die Agnaten nach dem Vorrang der Nähe haben sollen; darum beruft es den Gentilen nur „si agnatus nec sit", wie es darum nur die Familie vererbt, aber mit keinem Laute sie als das erbende Prinzip bezeichnet und eben darum wieder

[1]) Der Tod ist gleichfalls — nur eine physische — Weigerung dieses Willens.

den suus nur als einen seinem intestatgesetzlichen Verfügen Vorhergehenden bezeichnet. Es sind dies alles nicht, wie unsere Juristen glauben, bloße Worte, zufällige Ausdrucksweisen, sondern in Stein geschnittene Begriffe. Es sind also reine Wortinterpretation, die wir die ganze Zeit hindurch innerlich getrieben haben. Aber freilich durch die bloße Wortinterpretation wird niemand weder dies noch Ähnliches finden! Und die römischen Juristen selbst würden es durch bloße Wortinterpretation ebensowenig gefunden haben. Aber in ihnen lebte die Substanz des Rechtes, wie der religiöse Geist der Gemeinde, in voller religiöser Unmittelbarkeit[1]). In dieser Religion des Rechtes oder, was dasselbe ist, des Willensbegriffes, welche den historischen Inhalt des römischen Volksgeistes darstellt, war der Gott nicht das Objekt, sondern vor allem als in seiner Gemeinde gegenwärtiges und tätiges Subjekt in ihnen; nicht durch die Wortinterpretation des Zwölftafelgesetzes als eines bloßen Gegenstandes ihrer Betrachtung, sondern durch das Dasein und die Fortwirkung desselben Geistes in ihnen, aus welchem auch das Zwölftafelgesetz geflossen war, fanden sie ihre zivilrechtlichen Sätze, und mit Recht heißen sie darum in diesem tiefsten Sinne „Rechtsquellen". Denn aus ihnen ist es heraufgequollen, sie haben es aus sich schaffend produziert in religiöser Inbrunst des Geistes, wie die Griechen die Kunst, welche diese ebensowenig nach dem freien Bewußtsein ästhetischer Theorien geschaffen haben. Und so werden sie Rechtsquellen bleiben für alle Zeiten, wie die Griechen Kunstquellen bleiben werden für die Ewigkeit.

---

[1]) Vgl. oben Nr. X und XV.

Mit dieser Unmittelbarkeit des Rechtes in uns ist es notwendig und unwiderruflich vorbei, und diese Unmittelbarkeit werden wir durch keine Wortinterpretation ersetzen. Das einzige, wodurch wir sie ersetzen und den Gedankengang der römischen Juristen zu durchdringen vermögen, ist das höhere Bewußtsein des spekulativen Begriffes, der dann an der Wortfassung der Zwölf Tafeln usw., wie dies bei den römischen Juristen selbst der Fall war, nur ein Korrektiv, nicht den produktiven Quell seiner Auffassung findet.

Wie wenig bei den römischen Juristen von „Wortinterpretation" die Rede ist, zeigt nichts besser als gerade das Intestatrecht. Diese Anschauung widerlegen und das Intestatrecht positiv entwickeln, ist ganz dasselbe und läßt sich ineinander leisten.

Wo spricht das Zwölftafelgesetz ein einziges Wort von dem consanguineus? Woher stammt also, wenn die römischen Juristen Wortinterpretation treiben, die eigentümliche Stellung, die sie dem consanguineus und der consanguinea geben, denselben, wie aus dem Wortlaut des Zwölftafelgesetzes folgt, nur wie einen Agnaten überhaupt, und ihn dennoch ebenso wieder wie eine besondere Klasse behandelnd, eine Frage, die schon häufig zu gerechter Verwunderung Anlaß gegeben hat?

Sehen wir, wie genau sie unter der Einwirkung des entwickelten spekulativen Begriffes gearbeitet haben! — Wir sahen, daß der Begriff der Agnation der ist, daß zwei Personen in einem dritten verschwundenen Subjekt ihre gewesene, nur ideelle, in der Erinnerung vorhandene Willensidentität haben. Insofern ist jeder Agnat, wie nahe oder entfernt er sei, nur dasselbe, was der andere, nur näherer oder entfernterer Agnat. Aber eine Abteilung in der Agnation gibt es, welche vermöge der natürlichen

Notwendigkeit dies, was ihr Begriff ist, ihre ideelle Willensidentität in einem verschwundenen gemeinschaftlichen Dritten zu haben, auch irgendeinen Zeitraum hindurch realiter in den Personen erfüllt haben muß, so daß hier die Personen wirklich und selbstlebend in dem Verstorbenen als Lebenden identisch gewesen sein müssen. Dies sind die Brüder und die Schwestern, der consanguineus und die consanguinea. Der Neffe und der Onkel brauchen dies schon nicht. Denn der Neffe kann geboren worden sein, als das gemeinschaftliche Subjekt, welcher sein Großvater und des Onkels Vater ist, schon gestorben war. Sie hatten also niemals eine Zeit, wo sie reale Willensidentität mit ihm sein mußten. Es ist ihnen dies auch für den Begriff der Agnaten nicht erforderlich; denn da dieser nur derjenige ist, außerhalb ihrer an einem Dritten eine gewesene Willensidentität zu haben, so ist es gleichgültig, wann diese gewesen ist; oder als aufgehobene nur in der Erinnerung an einen Dritten vorhandene Willensidentität, ist es für diese Begriffsbestimmung gleichgültig, als daseiende und unmittelbare aktuelle Willensidentität in ihnen existiert haben zu müssen. Überdies kann der Onkel und der Neffe, die Tochter und der Enkel dasselbe Verhältnis zueinander gehabt haben. Sie können in dem gemeinschaftlichen Vater und Großvater ebenso identisch gewesen sein, denn er kann bei ihrer aller Geburt gelebt haben. Sie brauchen es nur nicht zu sein. Von demselben Vater erzeugte Geschwister aber müssen immer einen Moment gehabt haben, wo sie in ihm als einem noch Lebenden aktuell willensidentisch waren. Von selbst bestimmt sich hiernach der consanguineus und die consanguinea als das adäquateste Gesetztsein des Agnationsbegriffes, als diejenige Realität des-

selben, in welcher alle seine Momente, sowohl die gewesene Willensidentität im Dritten, als das Gewesensein derselben, in formeller Existenz gesetzt sind; als diejenige Abteilung der Agnation, über welche hinaus der Begriff der Agnation, wie wir oben an den Worten Ulpians zeigten (S. 548), bereits in die ideelle Gemeinschaftlichkeit des Ursprunges, oder die Gentilen überzugehen beginnt. Aber wieder nur der Begriff der Agnation geht über; die Agnaten selbst als Personen folgen diesem Übergang nicht, denn sie können, in den verschiedensten Verwandtschaftsgraden stehend, alle noch von der Gewalt desselben Gewalthabers beherrscht und seine sui gewesen sein, wonach sie dann auch realiter ganz dasselbe untereinander durchgemacht haben, wie die consanguinei. Der consanguineus ist also nur das formellere Gesetztsein des agnatischen Begriffes. Er ist nur das Gesetztsein dessen, daß jenes Gewesene, welches den Begriff der Agnation bildet, in ihm selbst einmal auch nicht ein Gewesenes, sondern nur ein Seiendes war, während es dies im Agnaten schlechthin nur gewesen sein kann.

So erweist sich denn aufs genaueste die begriffliche Notwendigkeit jener scheinbar ebensosehr dem Zwölftafelgesetz als sogar sich selbst widersprechenden Behandlung, welche die römischen Juristen dem consanguineus angedeihen lassen, ihn bald als Agnaten schlechthin, bald wieder als etwas Besonderes nehmend. Und sofort ergibt sich aus dem Gesagten eine sehr reale Konsequenz in bezug auf die consanguinea. Die Tochter ist, wie wir das bei der Suität gesehen haben, für sich selbst die freie, sui juris gewordene Willenssubjektivität des Vaters, so gut wie der Sohn. Aber sie kann, wie wir diesen Unterschied bedeutungsvoll schon bei der Suität selbst hervorbrechen

sahen (s. S. 344 fg., 350 fg.), da sie ihrerseits nicht wieder in der Gewalt haben kann, ihre Willenssubjektivität nicht fortsetzen, nicht festhalten. In bezug auf das Verhältnis der Schwester zum Bruder kann dies keinen Unterschied machen. Sie war mit ihm notwendig in derselben Gewalt, war mit ihm realiter in der Identität derselben Willenssubjektivität eingeschlossen. Sie ist daher, nach dem Tode derselben, gewesene Willensidentität mit ihm, sie hält nicht fest, aber sie wird festgehalten von derselben Willenssubjektivität in ihr und ihm, sie ist daher ebensogut agnata wie jeder agnatus. Als consanguinea beerbt sie ihn daher. Aber wie steht, wenn der Bruder tot ist, ihr Verhältnis zu dessen Sohn? Mit diesem war sie nicht mehr in derselben Gewalt. Oder mindestens wenn der Vater bei Geburt dieses Enkels noch lebte, war dies ein Zufälliges. Ihrem Begriffe nach ist es nicht gesetzt, daß sie mit ihm in derselben Gewalt gestanden haben muß; ihrem Begriffe, d. h. dem Begriff ihres Verhältnisses zueinander, ist dies fremd und zufällig, daß der Gewalthaber bei der Enkelserzeugung noch gelebt haben muß. Standen sie aber begrifflich nicht in der Einheit desselben Willens, so ist sie auch nicht gewesene Willensidentität oder Agnat in bezug auf ihn. Denn sie als Weib ist eben dies, des Vaters Willenssubjektivität nur für sich zu sein, nur von ihr festgehalten zu sein, nicht aber sie in bezug auf andere Personen festhalten und fortsetzen zu können. Umgekehrt ist er in bezug auf sie Agnat, denn er ist eben als Mann und Gewalthaber dies, die in ihm seiende Willenssubjektivität auch in bezug auf andere fortsetzen und festhalten zu können. Festgehalten von ihrer Willenssubjektivität und sie nicht in bezug auf andere festhaltend, ist er also, der Neffe, mit ihr, sie nicht mit ihm gewesene Willens-

identität; oder sie ist für ihn nur Passiv-, nicht Aktivagnat. Das heißt also, es ergibt sich hier die Lehre der römischen Juristen: Das Weib erbt agnatisch nur als consanguinea; in allen weiteren Graden beerbt sie nicht die Agnaten, wird aber von ihnen agnatisch beerbt, eine Lehre[1]), von der zu keinem Teile auch nur die geringste Spur in den Worten des Intestatgesetzes der Zwölf Tafeln nachgewiesen werden kann, die diesen vielmehr fast zu widersprechen scheint und dennoch, wie wir gesehen, unter der strengen Fortwirkung des im Zwölftafelgesetz vorhandenen spekulativen Begriffes von den römischen Juristen erzeugt ist. Justinian beschuldigt daher hier sogar die Juristen, durch willkürlich ausgeklügelte Subtilitäten das Zwölftafelgesetz korrumpiert zu haben: „Media autem jurisprudentia, quae aut lege duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, praefatam differentiam inducebat etc.", wogegen er das Zwölftafelgesetz wiederherstellen zu wollen erklärt („nos vero legem duodecim tabularum sequentes et ejus vestigia in hac parte conservantes"), und eher noch begreift sich dieser Vorwurf, so falsch er ist und so sehr er die organische Gedankenfortbildung übersieht, als die Ansicht unserer Autoren über die „Wortinterpretation" der römischen Zivilisten.

Dasselbe, was uns das jus zivile gezeigt hat, zeigt uns nun auch, wie eine Probe auf das Rechenexempel, die negative Umgestaltung desselben, oder die Geschichte des Rechtes. Justinian ist es, welcher, das zivile Intestaterbrecht im Geiste unserer Autoren abändernd, die

[1]) § 3 Inst. de legit. succ. (3, 2); vgl. über den consangineus Paulus, R. S., IV, 8, 3; Gajus, III, 10, 14 u. a.

successio graduum in dasselbe einführt[1]). Er selbst aber behauptet nicht einmal, daß der Grundsatz in legitimis hereditatibus successio non est bloß durch eine „subtilitas quaedam" der Juristen in das Zwölftafelrecht hineingetragen sei, wie er dies allerdings häufig tut, wenn er einen Punkt des alten jus civile ganz und gar nicht mehr versteht[2]). Er gibt vielmehr dies als das wirkliche Prinzip des alten Rechtes zu[3]) und stellt seine Abänderung desselben dagegen offen auf den Boden des prätorischen Prinzips: „Quod iterum praetores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure iis recluso. Sed nos, nihil deesse perfectissimo jure cupientes, nostra constitutione[4]) quam de jure patronatus *humanitate suggerente* protulimus, sanximus, successionem in agnatorum hereditatibus non esse iis denegandam, quum *satis absurdum erat, quod cognatis a praetore apertum est, hoc agnatis esse reclusum*[5])."

---

[1]) § 7 Inst. de legit. adgn. succ. (3, 2).

[2]) Z. B. gerade daselbst, § 3, in bezug auf die consanguinea: „Et haec quidem *lex duodecim tabularum nullo modo introduxit. . . . Media autem jurisprudentia* quae erat lege duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, *subtilitate quadam excogitata,* praefatam differentiam inducebat etc."

[3]) „Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse etc."

[4]) L. 4, C. 6, 4.

[5]) Zugleich zeigt sich hier erst das tiefste Fundament für die Lehre, die wir im ersten Bande, in der Note zu S. 720, in bezug auf das Erworbensein der Intestatdelation entwickelt haben. Vor Justinian ist das Intestatrecht nicht einmal Familienrecht; der einzelne Agnat als solcher ist gar nicht einmal damit befaßt, sondern nur, insofern er die Idee des Kreises zur Todeszeit repräsentiert. Mit Justinian tritt nun allerdings, wie wir dort bereits zeigten, eine eventuelle Delation

Es gibt nichts Lehrreicheres, nichts begrifflich Inhaltvolleres, nichts für unsere gesamten Entwickelungen über das Intestatrecht Beweisenderes, als was in den hier berührten geschichtlichen Tatsachen enthalten ist.

---

für jeden einzelnen Agnaten ein, und als ein durch die Familienzeugung vermitteltes Recht kann dies ein erworbenes Recht scheinen. Allein, was ist denn durch dies Recht erworben? Keinesfalls doch mehr, als durch dasselbe gegeben ist. Und gegeben ist, vor wie nach Justinian, durch dies immer noch ganz bedingte und eventuelle Recht nichts anderes als dies: sich mit der Willenssubjektivität des Erblassers identifizieren zu können, wenn derselbe ohne Testament gestorben, d. h. wenn man der durch seinen vorausgesetzten Willen (Intestatgesetz) dazu berufene Wille sein wird. Wenn sein Ruf aufgehört hat, während man wartete, ist es zu spät, ihn erfüllen zu wollen. Wenn der allgemeine Wille, mit dem der vorausgesetzte des Toten identisch ist, d. h. das Intestatgesetz, sich geändert hat und einen anderen ruft, so kann jetzt nur dieser den Ruf erfüllen. Darum bleibt es dabei, daß man nach römischem Recht die deferierte Intestaterbschaft durch ein vor der Adition die Delation änderndes Intestatgesetz verliert. Man verliert, wie wir schon a. a. O. zeigten, das Recht auf Adition ebenso gut durch den physischen Untergang unserer Willensfähigkeit dazu (Tod), wie durch den rechtlichen Untergang unserer Fähigkeit (Gesetzeswechsel). Beides entspricht sich immer und muß sich entsprechen, denn Untergang bleibt Untergang, und es ist wunderbar, wie dies so lange übersehen werden konnte. Der germanische Erbe, der freilich durch den Wechsel des Intestatgesetzes nach dem Tode des Erblassers nichts verliert, verliert eben darum auch durch seinen Tod nichts, sondern überträgt das schon ererbte Eigentum. Ihn beruft aber das Intestatgesetz auch gar nicht zu einer Willenshandlung, zur Fortsetzung eines Toten, und es beruft ihn also überhaupt zu nichts, sondern es gibt ihm Sachen, und die hat er dann freilich sofort mit diesem ideellen Moment des gesetzlichen Gebens. Genauer wird sich der Unterschied in der zweiten Abteilung entwickeln.

Das prätorische Prinzip der Kognation, weil es wirklich das Erbrecht der Familie ist, wofür unsere Autoren das Zivilintestatrecht stets halten, tritt deshalb von vornherein mit dem Prinzip der *successio graduum* auf. Es kommt hier so zu seinem positiven Beweise, was wir oben aus dem Begriffe entwickelt haben, daß jedes Erbrecht, welches Familienerbrecht ist, die einzelnen Familienpersonen als solche mit einem eventuellen Erbrecht befassen und folglich die successio graduum in sich enthalten muß; zu seinem umgekehrten Beweise somit, daß das Zivilintestatrecht, welches dies nicht tut, auch kein Familienerbrecht sein kann, und eben weil es kein solches ist, auch eine solche successio nicht kennen kann.

Aber ferner! Der Grundsatz, daß im Zivilintestatrecht keine Sukzession ist, er, der nach unseren Juristen aus einer bloßen starren, innerlich unmotivierten Wortinterpretation entsprungen ist, umfaßt unbewegt, unverändert, ohne daß auch nur an ihm gerüttelt wird, den gesamten Zeitraum der eigentlichen Geschichte des römischen Rechtes, von seinem ersten uns historisch bekannten Anfang, dem Zwölftafelgesetz an, bis zu seinem letzten Ende und Untergang, der justinianeischen Gesetzgebung; einen Zeitraum von einem Jahrtausend!

Diese Wortinterpretation zeigt sich so identisch mit dem Begriffe und dem Bestehen des römischen Geistes selbst.

Während dieses Jahrtausendes wankt, stürzt, ändert sich alles in der Welt des römischen Geistes, die gewaltigsten Umwälzungen vollbringen sich. Aber diese Wortinterpretation bleibt bestehen. Während dieser Zeit vollbringt sich natürlich auch auf dem Gebiete des Intestat-

rechtes — die römischen Revolutionen sind vor allen anderen Rechtsrevolutionen — der gewaltigste Wechsel. Der Prätor läuft mit der bonorum possessio in den verschiedensten Gestaltungen Sturm auf es, das kognatische Prinzip der Familie schießt Bresche in es, aber durch alles dies wird das Zivilintestatrecht nur aus seinem Machtgebiet mehr und mehr in einen Winkel zurückgedrängt, es muß mehr und mehr den Platz dem neben ihm und außerhalb seiner sich erhebenden prätorischen Prinzip der Familie und des Vermögens räumen. Allein mindestens in diesem Winkel, der ihm noch bleibt, innerhalb seiner und insofern ziviles Intestatrecht da ist, behauptet es sich rein! Nicht genug! Auch innerhalb seiner wechselt das Intestaterbrecht seinen inhaltlichen Begriff. Mit der geänderten Gestalt der römischen Gesellschaft tritt an die Stelle des verschwundenen Erbrechtes der Gentilen, unter den Kaisern das Erbrecht der Standesgenossenschaften in einem das Mittelalter anbahnenden Sinne, das Erbrecht der Erwerbs- und Berufsgenossenschaften an Stelle des Erbrechtes der altrömischen Willenskreise (s. oben S. 507, Note 1).

Aber so hat das Intestatrecht nur seinen Inhalt geändert und mußte ihn ändern mit der organischen Umänderung, die im Dasein der Gesellschaft selbst eingetreten ist. So hat es nur die Antwort auf die Frage geändert, was denn der Inhalt des allgemeinen Willens oder des Volkes sei, und hat sie naturgemäß aus der jetzigen Beschaffenheit desselben geschöpft. Aber seinen formellen Begriff: der allgemeine Wille vorausgesetzt als der Wille des Individuums zu sein, hat es noch nicht geändert. Solange das Zivilintestatrecht Zivilintestatrecht bleibt, muß es diesen seinen formellen

Begriff behaupten und die successio ausschließen. Erst mit Justinian, als der römische Geist an seinem Ende angelangt und zu Ende ist, erst jetzt, wo das prätorische Prinzip sich völlig in das Zivilrecht selbst hinein und an dessen Stelle setzt; erst jetzt, wo, wie wir an jedem Punkte unseres Stoffes besonders gezeigt haben, das Erbtum sein wirkliches Prinzip verloren hat und zum Vermögens- und Familienrecht (beides an sich identische Begriffe im Erbtum) geworden ist, über welchem sein früherer Geist nur noch als geisterhafter Schatten schwebt[1]) und festgehalten wird; erst jetzt, wo es an sich, d. h. als totes Ende seines langen Prozesses und in sich selbst widersprechender Form sich zu dem hingetrieben und angenähert hat, womit der germanische Geist als seinem wirklich und darum in wahrhaft begrifflicher Konsequenz auftretenden Prinzip anfängt; — erst jetzt kann die successio graduum im Zivilintestatrecht, das nicht mehr Zivilintestatrecht und zum individuellen Rechte der Familienglieder geworden ist, eintreten.

Eine Wissenschaft, die in den glänzendsten ihrer Vertreter, und ohne Ausnahme, ein so im tiefsten Sinne des Wortes welthistorisches Faktum für eine äußerliche „Wortinterpretation" auffassen kann, richtet damit sich selbst, zeigt dadurch allein, wie sie es übrigens auch auf jedem anderen Punkte wieder selbständig und von neuem zeigt, daß ihr von den gesamten Adern ihres Stoffes auch nicht eine einzige bekannt gewesen, zeigt, daß sie ihre gesamte Methode umändern und ganz von vorn wieder anfangen muß, wenn sie Wissenschaft werden will.

---

[1]) Vgl. oben S. 131, Note 1, und überall bei der Entwickelung justinianeischer Gesetze.

Wohin wir uns auch nun wenden im Gebiete des Intestaterbrechtes, ist alles klar und durchsichtig. Für den enthüllten Begriff gibt es keine Schwierigkeit mehr. Das konkrete Material wird, statt eine Schwierigkeit für ihn zu bilden, ihm vielmehr nur Anlaß geben, auch die letzte verborgenste Falte hervorzukehren, die er noch in sich trägt.

Betrachten wir zunächst das Wissen bei der intestaterbrechtlichen Adition und sein Verhältnis zum testamentarischen.

Ulpian sagt[1]: „Heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem; sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse; si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quonium nondum ei fuerit delata."

Also erstens: Der testamentarische Erbe, wenn er als testamentarischer ausschlug, verliert damit noch nicht sein Intestaterbrecht. Zweitens: Der bloße Intestaterbe, wenn er, glaubend, daß er im Testament eingesetzt sei, ausschlug, verliert damit noch nicht sein Intestaterbtum. Aber drittens: Der Intestaterbe, der als solcher ausschlug, wissend, daß er auch eingesetzter Erbe, verliert damit nicht nur das Intestaterbtum, sondern auch das nicht ausgeschlagene testamentarische: während viertens: der Intestaterbe, der als solcher ausschlägt, nicht wissend, daß er auch testamentarischer sei, weder sein testamentarisches Erbrecht, da er dieses nicht ausgeschlagen, noch sein Intestaterbrecht, weil dieses ihm noch nicht deferiert war, verliert.

---

[1]) L. 17. § 1. de acqu. vel. om. her. (29. 2).

Die Juristen scheinen es freilich hier leicht zu haben. Denn sie werden mit Savigny sagen: daß der Erbe „die Art der Delation" wissen muß, wenn seine Antretung oder Ausschlagung von Wirksamkeit sein soll. Allein wir haben früher nachgewiesen[1]), daß dies Prinzip, „die Art der Delation" wissen zu müssen, durchaus nicht das richtige ist; kann es die hier vorliegenden vier Fälle zunächst zu decken scheinen, so deckt es, wie wir bewiesen haben, andere Fälle nicht, und ist daher auch bei jenen, wie sich übrigens noch beiläufig an ihnen selbst ergeben wird, so wenig wie bei diesen das Gesetz der Sache.

Allein nicht nur das Prinzip unserer Juristen ist, wie von früher her feststeht, nicht richtig, sondern Ulpians eigenes Prinzip, das er im vierten Falle hierbei ausspricht, erweist sich als unrichtig, und er befindet sich, wie es scheinen muß, im dritten und vierten Falle im offenbarsten Widerspruch mit sich selbst. Denn im vierten Falle sagt er, der Intestaterbe, welcher, nicht wissend, daß er auch testamentarischer Erbe sei, die Intestaterbschaft ausschlage, verliere damit die testamentarische Erbschaft nicht. Warum nicht? *Quoniam hanc* non repudiavit. Weil er diese nicht ausschlug. Gut, aber warum beherzigt Ulpian dies nicht auch im dritten Falle, wo er von dem Intestaterben, der, wissend, daß er auch Testamentserbe sei, die Intestaterbschaft ausschlägt, sagt, daß er dadurch auch die testamentarische verliere? Kann nach dem früheren der Erbe hier nicht ebensogut sagen: *hanc* non repudiavi, als Testamentserbe, oder die testamentarische Erbschaft habe ich nicht ausgeschlagen? Indessen, dies ist nur der Anfang des Widerspruches, und Ulpian löst

[1]) Siehe oben S. 439, Note 2.

ihn wenigstens in den Worten auf, indem er sagt: in diesem Falle sei der die Intestaterbschaft ausschlagende Erbe so anzusehen (credendus), als habe er beide, Intestat- und testamentarische Erbschaft ausgeschlagen (utrumque repudiasse). Warum er hier so anzusehen sei, sagt uns Ulpian freilich nicht. — Aber der substantiellere, auch nicht einmal in den Worten aufgelöste Widerspruch folgt nun erst. Im vierten Falle, wenn der Intestaterbe, welcher weiß, daß er Intestaterbe ist, und bloß nicht weiß, daß er auch Testamentserbe ist, die Intestaterbschaft ausschlägt, soll das nicht nur für die Testamentserbschaft, es soll ihm auch für die wissend ausgeschlagene Intestaterbschaft nicht schaden[1]). Warum? Quoniam nondum ei fuerit delata; weil sie ihm noch nicht deferiert sei. Und warum ist sie ihm noch nicht deferiert? Aus einem sehr guten Grunde, werden die Juristen sagen: Weil die Erbschaft ab intestato erst dann deferiert wird, wenn die Testamentserbschaft ausgeschlagen worden ist. Richtig; aber wenn dies so ist, warum verliert im dritten Falle der die Intestaterbschaft ausschlagende testamentarische Erbe mit der testamentarischen zugleich auch die Intestaterbschaft? Warum war ihm also hier die Intestaterbschaft deferiert, ehe die Testamentserbschaft ausgeschlagen war? Man drehe und zerre das Resultat in den Worten herum, soviel man wolle, immer bleibt das sachliche Resultat, daß die Dela-

[1]) Es geht hier übrigens auch wieder das Prinzip von dem Wissen der „Art der Delation" in Stücke; denn auch die gewußte „Art der Delation", die Delation ab intestato, verliert hier der ausschlagende Intestaterbe nicht, ohne daß das quoniam nondum ei fuerit delata, wie sich oben sofort zeigt, eine stichhaltige Antwort ist.

tion der Intestaterbschaft eingetreten ist — denn sonst hätte diese nicht wirksam ausgeschlagen werden können — ehe die Testamentserbschaft ausgeschlagen war: ein Resultat, das allen juristischen Regeln über die Delation mit offenem Hohne ins Gesicht lacht, vollständig dem vorigen Fall widerspricht, wo der sich als Intestaterbe wissende Testaments- und Intestaterbe wirkungslos die Intestaterbschaft — also die gewußte Art der Delation — ausschlagen soll, weil sie ihm vor seinem Ausschlagen der Testamentserbschaft noch nicht deferiert gewesen sei, und also Ulpian selbst des grellsten Widerspruches mit dem quoniam nondum fuerit delata beschuldigt[1]).

Der Widerspruch ist um so flagranter, als Ulpian selbst in einer kurz vorhergehenden Stelle[2]) sagt: „Is qui heres institutus est, vel is cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si *in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset.*" Also: „Der, welcher zum Erben eingesetzt ist, oder der, welchem ab intestato die Erbschaft deferiert ist, verliert die Erbschaft durch die Repudiation. Dies ist jedoch in dem Sinne zu nehmen, daß er die Erbschaft nur dann verliert, wenn sie auch schon in der Lage war, von ihm angetreten werden zu können." Über das Antreten sagt doch aber wieder derselbe Ulpian: „quamdiu *potest* ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur" (L. 39 eod. tit.).

---

[1]) Die Juristen scheuen sich daher, statt Ulpian von seinem Widerspruch zu erlösen, den Fall zu berühren. Savigny, a. a. O., III, 382, Note b, zieht dafür, daß der Erbe „die Art der Delation, aus letztem Willen oder gesetzlich usw." wissen müsse, alle möglichen Pandektenstellen an, die L. 13, 14, 15, 16, 19, 22, 23 usw. dieses Titels, aber an der L. 17 wird vorbeigegangen.

[2]) L. 13 eod. tit.

Antreten kann also der Intestaterbe nur dann die Erbschaft, wenn die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen ist. Ist er selbst beides zugleich, testamentarischer und Intestaterbe, so kann er immerhin durch das Ausschlagen des Testamentes sich die Intestaterbschaft nur deferieren, und darum hörten wir ja soeben, daß auch der die Intestaterbschaft wissend ausschlagende gedoppelte Erbe nichts vollbringe, weil sie vor seiner wirksamen Ausschlagung des Testamentes noch gar nicht deferiert sei. Hier gehen also wieder mit Krach alle juristischen Regeln über die Delation in Stücke.

Hatten wir früher gezeigt[1]), daß die juristischen Regeln über die Delation und Adition den trostlosesten und inhaltslosesten circulus vitiosus bilden, so sehen wir jetzt, daß sie sich sogar gegeneinander empören und sich Lügen strafen. Und gleichwohl ist, soviel wir uns wenigstens augenblicklich erinnern, niemals auch nur der Versuch gemacht worden, diese Stelle Ulpians aufzulösen, und mit den durch sie auf das schneidendste widerlegten Regeln über die Delation und die Adition in Einklang zu bringen.

Aber nicht nur die juristischen Regeln widerlegen sich und Ulpian widerspricht sich hier, sondern auch unser eigenes Prinzip, das wir sub Nr. XXXIV über das zur Adition oder Repudiation erforderliche spekulative Wissen entwickelt haben, scheint hier Schiffbruch zu leiden.

Denn wir sagten dort: Das Wissen, das zur wirksamen Adition oder Repudiation des Erben erforderlich sei, sei dies, die Willensbeziehung zu kennen, die sich der erblasserische Wille zu seiner, des Erben, Willenssubjektivität gegeben habe. Nun ist doch aber beides, Intestaterbtum wie testamentarisches, immer Erbtum, also ge-

[1]) Siehe oben S. 482 fg.

setzte Identität der Willenssubjektivität des Erblassers und des Erben. Sooft der Erbe sich also als Erben weiß, weiß er sich als Willensidentität mit dem erblasserischen Willen, und es scheint wenig darauf ankommen zu können, ob er sich als testamentarisch, oder ab intestato berufenen Erben weiß. Zwar sagten wir schon dort, alles komme darauf an, daß der Erblasser die bestimmte qualitative Beziehung wisse, die sich der erblasserische Wille auf ihn gegeben habe. Aber sollte uns hierbei nicht in bezug auf den Unterschied der testamentarischen und Intestaterbschaft gleichfalls zugestoßen sein, was wir den Juristen so häufig nachwiesen, daß wir einen Unterschied in den Worten statuierten, ohne einen in der Sache angegeben zu haben? Denn zumal, wenn nach unserer Auffassung die Intestaterbschaft gleichfalls von dem individuellen Willen des Erblassers ausgeht, nur von seinem vorausgesetzten, wie kann es darauf ankommen, ob der Erblasser durch seinen ausdrücklichen oder durch seinen vorausgesetzten Willen den Erben zur Identität mit seiner Willenssubjektivität bestimmt hat? Der vorausgesetzte Wille ist, da er ja eben als sein individueller vorausgesetzt wird, nicht weniger sein Wille, als der testamentarische. Ferner bleibt Willensidentität immer Identität; mehr als Identität kann zwischen zwei Willenssubjektivitäten nicht stattfinden, und so scheint es ja gerade für die Willensbeziehung, die sich die erblasserische Willenssubjektivität auf die des Erben gegeben hat, realiter völlig gleichgültig und unterschiedslos, ob er ihm diese Identität durch seinen ausdrücklichen oder durch seinen vorausgesetzten Willen angetragen, und jener Unterschied im Qualitativen der Willensbeziehung, ob der individuelle Wille durch seinen testamentarischen oder intestatgesetzlichen Ausdruck den Erben zu dieser Identität be-

stimmt hat, scheint nur ein inhaltsloser Wortunterschied zu sein.

So konnte es allerdings vielleicht noch oben (S. 416) scheinen, und wir eilten daher dort über die Notwendigkeit des Wissens, ob man testamentarischer oder Intestaterbe sei, so schnell als möglich hinwegzukommen, weil sich der letzte Grund derselben allerdings erst im gegenwärtigen Zusammenhange nach Erörterung des inhaltlichen Begriffes des Intestatrechtes ergeben kann.

Jetzt muß dieser Grund, aber bereits in der vollen Realität seines Inhaltes, offen vorliegen.

Wohl ist Intestaterbtum, wie testamentarisches, Identität der beiden Willenssubjektivitäten[1]), wohl geht in beiden Fällen diese Willensidentität vom individuellen Willen des Erblassers aus, in dem einen Falle von seinem vorausgesetzten Willen, wie in dem anderen Falle von seinem ausdrücklichen. Aber in diesem Unterschiede der Form liegt ja bereits der ganze inhaltliche Unterschied, den wir aus ihr als den Inhalt des Intestaterbrechtes entwickelt haben. Der Wille des sich nicht besondernden Individuums, der vorausgesetzte Wille, ist identisch mit dem allgemeinen Willen, und nur um dieser Identität willen mit dem allgemeinen Willen ist er seinerseits auf den Intestaterben bezogen; wie dieser für sich selbst genommen gleichfalls nur dadurch, daß er in bezug auf den Erblasser der Träger und das Dasein des in jenen Willenskreisen gegliederten allgemeinen Willens ist, zur Identität mit der Willenssubjektivität des Erblassers bestimmt ist. Haben wir also bei der Adition und dem zu ihr erforderlichen Wissen

---

[1]) D. h. natürlich, was erst später zu seiner Entwickelung gelangen kann, nach der Adition des Intestaterben.

das begriffliche Gesetz sich ergeben sehen: der Erbe müsse die zwischen der erblasserischen Willenssubjektivität und der seinigen bestehende Willensbeziehung wissen, um wirksam antreten zu können, so sehen wir jetzt, wie der Erbe dadurch schlechterdings genötigt ist, zu wissen, ob er testamentarischer oder Intestaterbe ist. Nichts würde er über die wahrhaft zwischen ihm und der erblasserischen Willenssubjektivität bestehende Willensbeziehung, nichts über dieses spekulative Willensverhältnis wissen, wenn er dies nicht wüßte. Mit derselben Notwendigkeit also, mit welcher wir in Nr. XXXIV sahen, daß der Erbe wissen muß, ob er suus oder extraneus, necessarius oder voluntarius heres ist usw., und ganz aus demselben Grund muß er also auch wissen, ob er durch die Selbstbestimmung der erblasserischen Willenssubjektivität schlechthin, oder durch ihre in ihrer Nichtbesonderung vorhandene Identität mit dem allgemeinen Willen, zur Identität mit der erblasserischen Willenssubjektivität bestimmt ist. Er würde, sagten wir, die spekulative Beziehung und Willensidentität, zu der er berufen ist, denn er würde die Substanz selbst dieser Willensidentität nicht wissen, solange er ihr Vermitteltsein durch die inhaltliche Identität mit dem allgemeinen Willen nicht weiß [1]). Ohne das Wissen dieser Vermittelung weiß er also die wirklich zwischen ihren Willenssubjektivitäten bestehende Beziehung, das sie

[1]) Daß er das Vermögen haben oder die Kreditoren befriedigen, was unsere Juristen stets als die Substanz der Erbschaft angeben, oder, wenn es hoch kommt, daß er „die Kreditoren befriedigen und die sacra fortsetzen soll" (s. Huschke in Richters Krit. Jahrbüchern, 1839, S. 11 fg.), das freilich würde der Erbe in jedem Falle wissen, ob er sich für einen Testaments- oder Intestaterben hält.

zur Identität Zusammenschließende[1]) nicht. Wenn der Verstand hier wieder hervorbrechen und dieser substantiellen Vermittelung des Willens den Schein eines Grundes geben wollte, sagend: aber der Intestaterbe weiß doch bloß das Warum nicht, aus welchem der Testator ihn zur Willensidentität mit sich gewollt hat, ein Warum, das doch also ein ebenso gleichgültiges Motiv ist, wie das reale Motiv, aus welchem der Erblasser beim testamentarischen Erbtum gerade diese bestimmte Person als Willensidentität mit sich setzt[2]), — so würden wir ihn sofort wieder in seinen Käfig einsperren mit der Antwort: Wenn für den sich ausdrücklich setzenden Willen das reale Motiv der Wahl seines Erben ein zufälliges Motiv ist, neben welchem ebensogut andere Motive vorwalten konnten und können, so ist für den vorausgesetzten Willen des intestatus seine Identität mit dem allgemeinen Willen, wenn man sie als Motiv darstellen will, das notwendige, den Willen erschöpfende und quantitativ deckende Motiv seines bestimmten Verfügens. Und es tritt also nur wieder zum Vorschein die Wahrheit und absolute Bestätigung der Theorie, die wir in diesem gesamten Werke über Wille, Irrtum und Motiv aufgestellt und nachgewiesen haben[3]), daß der quantitativ den Willen deckende und erschöpfende Beweggrund nicht mehr gleichgültiger Beweggrund ist, sondern identisch ist und zusammenfällt mit dem Inhalt der Willenshandlung selbst. Es tritt nur zum Vorschein, daß das erschöpfende Motiv eben darum nicht mehr Motiv ist, dessen Begriff es ist,

[1]) Vgl. oben S. 419—425, bei der sich für schwanger haltenden Frau.

[2]) Siehe oben S. 433, Note 1.

[3]) Zuletzt sub Nr. XXXV.

ein einzelnes gegen den Inhalt des Willens zu sein, sondern zur Substanz des Willens selbst geworden ist. Für den Intestatwillen des Erblassers ist seine Identität mit dem allgemeinen Willen und das in der bestimmten Person des Agnaten oder Gentilen gegebene Dasein dieser Beziehung das begriffliche Motiv, d. h. das notwendige und kein anderes neben sich zulassende Motiv seines Verfügens, also absolute Substanz. Diese in ihm wie im Erben als Träger vorhandene Identität mit dem allgemeinen Willen als ein Motiv für den Intestatwillen hinstellen wollen, wäre an und für sich schon eine jener ewigen Täuschungen des Verstandes über die Kategorien, mit denen er wirtschaftet, eine Täuschung, die aber sogar als solche nach unserer Entwickelung über die Theorie des Irrtums und das Verhältnis von Wille und Beweggrund realiter unschädlich und einflußlos bleiben würde.

Wenden wir uns also jetzt von dem entwickelten Begriff aus wieder auf die L. 17 zurück, so wird natürlich jede Schwierigkeit verschwinden, und es wird sich wieder das so oft von uns betrachtete Verhältnis zeigen, daß, wenn die Gründe Ulpians auch nicht richtig und sich daher widersprechend sind, doch die von ihm gegebenen Entscheidungen absolut richtig und im innersten Einklang sind.

Betrachten wir also die vier Fälle, in die wir oben die L. 17 aufgelöst haben. Nach dem ersten Fall soll der testamentarische Erbe, wenn er als solcher ausschlägt, damit noch nicht sein Intestaterbtum verlieren. Natürlich nicht; denn was er ablehnt, ist die Identität mit dem gesetzten, nicht mit dem vorausgesetzten Willen des Erblassers, ist seine Identität mit ihm als bloßen individuellen Willen, ist nicht seine Identität mit ihm durch

die Vermittelung des noch zu Hilfe gerufenen allgemeinen Willens. Wenn er sich um ihn, als bloßes Individuum genommen, vielleicht wenig kümmern würde, so kann er es doch als Agnat grausam finden, seine Willenssubjektivität untergehen zu lassen. Im Testamente fleht ihn bloß der individuelle Wille des Erblassers um Fortsetzung an. Im Intestatwillen fleht ihn der individuelle Wille des Erblassers und der allgemeine Wille des Volkes, mit dem derselbe identisch ist, flehen ihn beide an, schon um der in ihm vorhandenen, durch die gesamte Willensgemeinsamkeit des Volkes designierten Eigenschaften willen, jenem Fortsetzung zu geben. Wer jenem ersten Flehen widerspricht, von dem ist durch nichts gegeben, daß er auch diesem vereinigten Flehen beider widerstehen wird. — Wenn er also das Testamentserbe ausschlägt, schlägt er eben nur die Testamentserbschaft aus, und eröffnet sich gerade dadurch die Intestaterbschaft. — Der zweite Fall, wenn der bloße Intestaterbe, irrig glaubend, daß er Testamentserbe sei, die Testamentserbschaft ausschlägt, ist natürlich ganz mit jenem identisch, wird darum auch von Ulpian mit jenem ersten ungetrennt zusammen behandelt („heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit"), und ist nur von uns größerer Übersichtlichkeit wegen besonders gestellt worden. Gehen wir nun gleich zum vierten Falle über. Der Intestaterbe, der zugleich Testamentserbe ist, dies aber nicht weiß, schlägt die Intestaterbschaft aus. Da er gar nicht weiß, daß er Testamentserbe ist, hat er natürlich auch die Testamentserbschaft nicht implizite ausgeschlagen[1]). Ihn kümmert vielleicht sein Agnaten-

[1]) Nicht, wie Ulpian sagt, „quoniam *hanc* non repudiavit"; denn dieses *hanc* non repudiavit würde auch im dritten Falle zutreffen; nur in dem Wissen liegt der Unterschied, wie wir

verhältnis wenig, während die ausdrückliche und ausschließliche Willensidentität mit ihm, zu der sich der Testator bestimmt hat, während der honor dieser Willensübertragung[1]) ihm vielleicht geschmeichelt und ihn gerührt haben würde. Hat er aber die Testamentserbschaft weder explizite noch implizite gültig ausgeschlagen, so ist auch die Intestaterbschaft noch gar nicht eröffnet, und darum sein vorzeitiges Ausschlagen einer noch nicht an ihn gerichteten Bitte, eines noch nicht an ihn ergangenen Rufes ist daher ungültig, ebenso, als wenn der Erblasser noch am Leben wäre. Erst wenn diese Bitte und dieser Ruf an ihn ergangen sein wird, wird es sich finden, ob er ausschlagen wird. — Kehren wir nun auf den dritten Fall zurück. Wie, wenn der Erbe weiß, daß er auch testamentarisch eingesetzt ist, und als Intestaterbe ausschlägt? Hier tritt der von uns entwickelte Begriff des Intestatrechtes, ein vom Individuum ausgehender vorausgesetzter Wille desselben und zugleich — weil dies eben der vorausgesetzte, der sich nicht besondernde Wille des Individuums notwendig ist — identisch mit dem allgemeinen Willen zu sein, in voller Reinheit und Prägnanz hervor. Niemals würde, wenn das Intestaterbrecht nur „Gesetz", wenn es nicht vom erblasserischen Individuum ausgehender Wille wäre, der Erbe mit dem Ausschlagen der bloß intestatgesetzlichen Nachfolge auch die testamentarische auszuschlagen scheinen können, und alles, was man bisher über das Intestatrecht geschrieben hat, bricht schon an

---

sehen werden. Das Wissen des Erben tritt auch hier wieder als das die Delation an denselben erst bewirkende Moment hervor, ganz wie wir dies sub Nr. XXXVIII nachgewiesen haben.

[1]) Siehe oben S. 86.

dieser einen Entscheidung Ulpians in Stücke. Indem aber das Intestaterbrecht seinem Begriffe nach beides ist, der vorausgesetzte individuelle Wille des Erblassers und der allgemeine Wille, mit dem er als vorausgesetzter identisch ist, indem also, wie wir vorher bei dem nur als Testamentserben ausschlagenden Agnaten sagten, im Intestatwillen beides, der individuelle Wille und der allgemeine Wille des Volkes, vereinigt den Erben anflehen, dem Erblasser Fortexistenz zu geben, nimmt hier, wo der Erbe sich zugleich als testamentarischen weiß, sein Ausschlagen der Intestaterbschaft die Stellung eines „ne quidem", eines „nicht einmal" zur testamentarischen Erbschaft ein. Nicht einmal durch beide Willen gerufen, den individuellen Willen des Erblassers und den allgemeinen Willen des Volkes, die beide im Intestatwillen rufen, hat der Erbe die Willenssubjektivität des Erblassers fortsetzen zu wollen erklärt; nicht einmal durch den vorausgesetzten Willen des Toten, der aber deshalb eben erstens eigener Wille des Toten, als solcher vorausgesetzter Wille desselben ist, und zweitens um seiner Voraussetzung willen nur noch durch die gesamte zu Hilfe gerufene Substanz der allgemeinen Willensgemeinsamkeit vermittelt ist, gerufen, hat der Erbe die ihm angebotene Willensidentität annehmen zu können erklärt, und hat eben deshalb und um so mehr den bloßen eigenen Willen des Toten, hat diesen schon im Intestatwillen ausgeschlagen. Er kann nicht sagen, daß er bloß den vorausgesetzten Willen abgelehnt habe und die Identifizierung mit dem ausdrücklichen Willen nicht abgelehnt haben würde. Denn er wußte sich auch als testamentarischen Erben, und wollte er daher bloß den vorausgesetzten Willen ablehnen, so hat er dazu das einfache und positive Mittel, die

Testamentserbschaft anzutreten, wodurch es von selbst zu dem vorausgesetzten Willen nicht gekommen wäre. Indem er nicht dies positive Mittel des Unterscheidens ergriff, sondern einfach den vorausgesetzten Willen des Erblassers, welchen das Intestatrecht darstellt, negierte, hat er in dem vorausgesetzten Willen des Erblassers beides negiert, wovon das Intestaterbrecht, ja die bloße Begriffsbestimmung: „vorausgesetzter Wille" schon die Einheit ist, sowohl den Willen, als sein Vorausgesetztsein, sowohl das in seiner Voraussetzung enthaltene Allgemeine, als den individuellen Willen, als dessen Inhalt dieses Allgemeine auftritt. Da beides im Intestaterbtum vorliegt, hat er mit dem nichtunterscheidenden Negieren des Intestaterbtums auch beides abgelehnt, hat auch die testamentarische Erbschaft oder die Willensidentität überhaupt ausgeschlagen. Und nur wenn er von seiner testamentarischen Einsetzung nichts weiß, käme ihm dies — wie auch die Aufeinanderfolge der Fälle bei Ulpian zeigt — als ein den logischen Umfang seiner Willenshandlung beschränkendes Moment zugute.

Es zeigt sich also, mit welcher begrifflichen Notwendigkeit Ulpian sagen muß, jener sich auch als eingesetzter Erbe wissende und die Intestaterbschaft ausschlagende Erbe sei anzusehen, als ob er beides ausgeschlagen habe, credendus est, utrumque repudiasse. Die juristischen Regeln über Delation und Adition bleiben aber auch nach dieser Auflösung zerschellt. Denn immer bleibt wahr, daß der Intestaterbe hier eine Intestaterbschaft wirksam ausschlägt, die ihm noch nicht deferiert ist usw. Und auch abgesehen vom Begreifen und Erklären, werden die Juristen sich keine Illusion darüber machen können, daß sie, die Hand aufs Herz, diesen Fall, wenn er nicht von Ulpian

entschieden wäre, ganz entgegengesetzt entschieden haben würden, nämlich ganz wie den vierten Fall bei Ulpian. Sie würden gesagt haben: Der Intestaterbe schlägt eine Intestaterbschaft aus, die noch nicht eröffnet ist; nihil agit. Und die Testamentserbschaft verliert er ebensowenig, weil er sie nicht ausschlägt; quoniam hanc non repudiavit.

Es zeigt sich also auch hier wieder[1]), was sich freilich von jeder Seite dieses Werkes aus zeigen läßt, daß auch

[1]) Zum Beweise: Wir irrten, scheint es, als wir oben sagten, die Juristen vermeiden von dieser Stelle Ulpians zu sprechen. Huschke ruft vielmehr denselben § 1 derselben L. 17, der uns beschäftigt hat, ausdrücklich an (Studien des Röm. Rechtes, I, 235, Note 64). Und was sagt er? Folgendes: „Weil der Inhalt der Erklärung des Erben, welcher eine gesetzliche und welcher eine Testamentserbschaft annimmt, hiernach ein ganz verschiedener (!) ist, kann auch niemand antreten, der nicht weiß, ob ihm ex testamento oder ab intestato deferiert worden, und kann, wer die eine Antretung ablehnt, die andere noch nachholen. L. 17, § 1, de acqu. vel. om. her.!" Das „juristische Wissen", welches Huschke gegen Niebuhr rühmt, muß also hier der vor ihm liegenden, von ihm zitierten Rechtsquelle ins Angesicht hinein das Gegenteil von derselben sagen. Während Ulpian die Regel aufstellt, daß, wer die Intestaterbfolge ablehnt, auch die Testamentserbschaft ablehne, und nur als Ausnahme hiervon den Fall des Nichtwissens von der Testamentserbschaft statuiert — wie ja alles Nichtwissen die Natur einer juristischen Ausnahme hat, von den Juristen auch stets so behandelt wird und bei dem hier in Rede stehenden Verhältnis auch faktisch eine Ausnahme sein wird, da der Intestaterbe in der Regel sehr wohl wissen wird, ob er im Testament eingesetzt ist —, muß das „juristische Wissen" erstens die Regel verschweigen, zweitens die Ausnahme zur Regel machen und drittens, indem es die materielle Bedingung der Ausnahme — das Nichtwissen — fortläßt, die Regel in ihr positives Gegenteil verwandeln und so, unter Berufung auf die das Umgekehrte sagende

das rein positive „juristische Wissen" nur im theoretischen Begreifen seine wahre Grundlage haben kann.

Wenden wir uns zu dem höchst interessanten Unterschied der Intestaterbschaft und der testamentarischen, welcher in der in jure cessio stattfindet und bisher gleichfalls jedem Erklärungsversuch unzugänglich bleiben mußte, nach dem enthüllten Begriff des Intestaterbrechtes aber gleichfalls keinerlei Schwierigkeiten mehr bieten kann, sondern diesen nur der letzten Entwickelung seines begrifflichen Inhaltes zuführen wird.

Der Intestaterbe kann die Erbschaft vor der Antretung durch in jure cessio übertragen, also ehe er Erbe geworden ist, und wenn er dies tut, so geht das Erbtum gerade so auf den Zessionar über, als wenn dieser selbst der gesetzliche Intestaterbe wäre[1]). Der Zessionar wird heres.

Der Testamentserbe dagegen kann nicht das Erbtum

Stelle Ulpians, in die positiv falsche Versicherung ausbrechen: „und kann, wer die eine Antretung abgelehnt, die andere noch nachholen." Man sieht, wir haben im Texte zu wenig gesagt, als wir sagten, unsere Juristen würden das Gegenteil lehren, wenn zufällig diese einzelne Entscheidung Ulpians nicht da wäre. Sie lehren das Gegenteil von derselben, obgleich sie da ist! Aber freilich nötigen dazu alle dabei auf dem Spiele stehenden Regeln über die Adition und Delation, wie sie von unseren Juristen aufgestellt werden! Freilich nötigt Huschken noch ganz besonders dazu seine merkwürdige Entdeckung, daß die Aditionserklärung des Intestaterben einen „ganz verschiedenen Inhalt" von der des testamentarischen Erben habe!

[1]) Gajus, II, § 35: „Nam si is ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est *antequam heres extiterit,* perinde fit *heres* is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset."

Ulpian, Fragm. XIX, 11—14.

durch die cessio in jure übertragen; tut er es vor der Adition[1]), so tut er gar nichts, nihil agit, wie Gajus daselbst sagt[2]).

Zuerst drängt sich die Frage auf: Wenn der Begriff des Erbtums der ist, die identische Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjektivität zu sein, wie kann der hierzu durch Testament oder durch Intestatgesetz berufene Erbe diese Willensidentität annehmen und ablehnen zugleich? Denn offenbar tut er dies doch, indem er sich nicht als diese Willensidentität setzt, nicht antritt und dennoch über dieselbe, durch seinen Willen verfügt, indem er sich weigert, der Erblasser zu sein, und dennoch, als wäre es jener, ihm eine andere Willenssubjektivität, als die berufene, zum identischen Fortsetzer gibt? Er müßte also, scheint es, diese Willensidentität entweder nur antreten oder nur ablehnen können, wie dies beim testamentarischen Erben wirklich zutrifft. Wie kann er ferner vor der Adition, also vor der Identifikation mit der erblasse-

[1]) Nach der Adition, d. h. nachdem er zum Erben, zum Dasein der erblasserischen Willenssubjektivität durch Identifikation mit derselben geworden ist, kann er dies natürlich so wenig los werden — und zwar der Intestaterbe so wenig wie der testamentarische Erbe —, wie jemand seine eigene Willenssubjektivität los werden kann. Sie ist ja jetzt als seine eigene gesetzt. Nach der Adition wird also der Intestaterbe ganz ebenso behandelt wie der testamentarische, die hinterlassene Sachentotalität, die zur Erbschaft gehört, kann er durch cessio in jure übertragen; aber Erbe bleibt er trotz derselben: „nihilominus ipse heres permanet", wie Gajus a. a. O. sagt, und worin sich wieder so sinnfällig, so handgreiflich zeigt, wie wenig das Erbtum mit dem „Vermögen" oder der „Vermögenstotalität" oder der „Vermögensfreiheit" zu schaffen hat.

[2]) II, § 36.

rischen Willenssubjektivität überhaupt über diese verfügen? Er muß es also vor der Adition, wo er noch nicht jener Wille, sondern noch ein anderer gegen ist, ebensowenig zu können scheinen, wie nach der Adition, wo es zu spät ist, weil er bereits zu jenem geworden ist. Und endlich, wie kann gerade der Intestaterbe, der die weniger adäquate, die schwächere Realisation des Erbbegriffes ist, ein größeres Recht haben als der Testamentserbe? Aber das römische Recht ist, wie wir durchgehends gesehen haben, das Recht des spekulativen Begriffes, in welchem die Unterschiede der Mathematik ihre Bedeutung verlieren, und es wird sich zeigen, daß der Intestaterbe ein stärkeres Recht hat als der testamentarische, gerade weil sein Recht das schwächere ist.

Huschke[1]) gesteht zu, daß die früheren Erklärungsversuche von Mühlenbruch[2]) weder richtig noch tief genug sind. Aber hören wir die Erklärung, die er selbst an deren Stelle setzt! Er will „die Natur der in jure cessio hereditatis etwas genauer entwickeln", wie er selbst sagt, und beginnt mit dem Satze: „Eine deferierte Intestaterbschaft kann mit dem Erfolge in jure zediert werden, daß der Vindikant durch die Addiktion ebenso Erbe wird, als wenn er als berufener legitimus heres die Erbschaft angetreten hätte." Dies ist richtig; das wissen wir eben aus Gajus. Aber Huschke wollte den Satz erklären, und wir fürchten sehr, daß der zu erklärende Satz der einzig richtige Satz in der ganzen Erklärung bleiben wird. Huschke beginnt jetzt die versprochene Erklärung unmittelbar nach dem zitierten Satze also: „Überhaupt kann nämlich der Erbe, obgleich er die Erbschaft noch nicht erworben, sie doch schon übertragen, weil der Erwerb bloß von

[1]) Studien des römischen Rechtes, I, 233 fg.

[2]) Zession der Forderungsrechte, 2. Ausg., S. 25—28, § 4.

seinem Wollen abhängt." Aber wenn es „der Erbe überhaupt" könnte, so müßte es ja auch der testamentarische können. Und besonders: wenn das der Grund dieses Könnens ist, „weil der Erwerb bloß von seinem Wollen abhängt," so müßte es ja unter allen Umständen und ganz sicher auch der testamentarische Erbe können, da ja auch bei ihm, ebensogut wie beim Intestaterben, „der Erwerb der Erbschaft bloß von seinem Wollen abhängt." Bei einem so grundfalschen Anfang, der den Grund des Könnens beim Intestaterben ganz verfehlt, braucht man kein Prophet zu sein, um vorherzusehen, daß Huschke auch niemals dazu gelangen wird, einen Grund für das Nichtkönnen des Testamentserben anzugeben. Die Sache steht nämlich, wie wir später sehen werden, gerade umgekehrt. Sie steht nicht so, daß der Erbe überhaupt, der Erbe nach seinem reinen Begriffe, dies kann, und nur der Testamentserbe ausnahmsweise es nicht kann, sondern gerade so, daß der Erbe überhaupt, der Erbe nach dem adäquaten Begriffe es nicht kann und niemals können würde, und gerade nur der subsidiäre, aushilfsweise Charakter des Intestaterben diesen dazu befähigt. Doch bleiben wir bei Huschke. Zum besseren Beweise, daß „der Erbe überhaupt" das Erbrecht übertragen können müsse, fährt nach einer kurzen Bemerkung über die der cessio in jure zugrunde liegende Rechtsstreitsfiktion Huschke also fort: „Auch widerspricht die Natur der Erbschaft ihrer Übertragbarkeit nicht: denn sie ist zwar eine unkörperliche Sache, wie ususfructus und obligatio, unterscheidet sich aber von diesen Rechten dadurch, daß sie nicht, wie diese, in einem Verhältnis zweier Gegenstände zueinander[1]) besteht, welches mit Ver-

[1]) Das Verhältnis zweier Personen zueinander in bezug auf einen bestimmten einzelnen Willensakt oder meh-

änderung des einen Gegenstandes notwendig ein anderes, sondern gleich körperlichen Sachen eine Sache in sich ist, unkörperlich bloß deshalb, weil der körperliche Träger derselben, die Person, gestorben ist."

Das „juristische Wissen" von der unkörperlichen Sache, welches die immense Verwechselung begeht, die Übertragung der gesamten geistigen Willenssubjektivität, welche sich im Erbtum vollbringt, mit dem einzelnen Willensakt der obligatio gleichstellen zu wollen, muß für diese Verwirrung selbst Rache an sich nehmen. Denn es muß selbst zeigen, daß ihm die Erbschaft — immer im direkten Sinne des Erbrechtes, das der Intestaterbe in jure zediert, und von dem Huschke hier also spricht — nicht nur bloß eine unkörperliche Sache sei, sondern es muß gerade in dieser Zusammenstellung auf das deutlichste zeigen, wie ihm das vom Intestaterben zedierte Erbrecht etwas noch viel Körperlicheres als die unkörperliche Sache der obligatio geworden ist, d. h. es muß die schon in diesem Vergleich nur zum Vorschein kommende Auffassung des Erbtums als eines Vermögenserwerbes in aller ihrer Körperlichkeit und Schwerkraft hindurchbrechen, und das schon anfangs für eine Sache, aber den Worten nach wenigstens noch für eine „unkörperliche Sache" ausgegebene Erbrecht sofort in eine körperliche Sache, in eine Sache sans phrase verwandeln. Nach Huschkes ausdrücklichen Worten „unterscheidet sich" daher die Erbschaft dadurch von der unkörperlichen Sache der obligatio, daß sie noch viel körperlicher ist als diese. Sie ist

---

rere solche, was das Wesen der obligatio bildet, wird Huschken zu einem Verhältnis „zweier Gegenstände zueinander". Doch wir schreiben hier nicht die Obligationenlehre!

erst eine „zwar unkörperliche Sache“, wird dann „gleich körperlichen Sachen“, und endlich zur „Sache in sich“. Nachdem so die Erbschaft alle Stadien durchlaufen hat und zur Sache sans phrase geworden ist, soll sie nichtsdestoweniger auf einmal wieder unkörperlich werden, aber „unkörperlich bloß deshalb, weil der körperliche Träger derselben, die Person, gestorben ist.“

Wenn schon bei der Erbschaft von einem Unkörperlichen und einem Körperlichen die Rede sein soll, so würde man etwa begreifen können, daß man sich unter diesen beiden Faktoren der Erbschaft, mit denen man es dann zu tun hat, die Person des Erblassers als das Unkörperliche, Persönliche (Ideelle), und die Sache als das körperliche Moment vorstellt. Dann freilich wird mit dem Fortfall des persönlichen Momentes, des Erblassers, die Sache nicht unkörperlicher, als sie früher war. Für Huschkes gequälte Abstraktionen stellt sich die ganze Sache auf den Kopf! Die Erbschaft als Sache wird unkörperlich, und die „Person“ ist der „körperliche Träger derselben“!! Das Ergötzlichste aber ist, daß die Sache, die schon „gleich körperlichen Sachen“ und zur „Sache in sich“, zur Sache sans phrase geworden war, jetzt wieder unkörperlich wird, und zwar ausdrücklich „unkörperlich bloß deshalb, weil der körperliche Träger derselben, die Person, gestorben ist“. Sonst pflegte eine in sich körperliche Sache, wenn ihr körperlicher Träger fortfällt, erst recht ihre Körperlichkeit zu zeigen, indem sie nun mit aller Schwerkraft der Körperlichkeit krachend zu Boden fällt. Bei der Huschkeschen Sache ist das umgekehrt. Sie wird, obwohl bis dahin körperlich, wahrscheinlich durch den Wirbelwind der Worte, den das „juristische Wissen“ erregt, hoch oben in der Luft erhalten, ver-

flüchtigt sich aus Ärger über diesen widernatürlichen Zustand in ein fades Gas, und ist so glücklich zur „unkörperlichen Sache“ geworden!

Wir werden ohnehin auf die wüsten Verwirrungen, welche das „juristische Wissen“ vermöge seiner Auffassung der Erbschaft als eines Vermögenserwerbes anrichten muß, in der Beilage zu dieser Nummer noch näher eingehen, und können uns daher überheben, hier noch genauer alle die Irrtümer zu entwickeln, die in dem zuletzt angeführten Satze enthalten sind. Wir bemerken daher nur, daß bisher Huschke zwar ganz falsch erklärt hat, warum der Intestaterbe die Erbschaft in jure zedieren kann, aber noch nirgends angedeutet, warum es der testamentarische Erbe gleichwohl n i c h t kann. Denn alle diese Gründe, als aus der Natur der Erbschaft überhaupt entnommen, würden dann auch den Testamentserben treffen müssen. Ist die Erbschaft ihrer Natur nach eine „unkörperliche Sache“, so ist sie dies auch für den testamentarischen Erben und daher auch für ihn übertragbar. Aber Gajus sagt uns nun einmal, daß sie dies für ihn n i c h t ist, und wohl oder übel, mit geraden oder ungeraden Dingen, wird daher das „juristische Wissen“ schon einen Unterschied zwischen beiden zu finden wissen, wie beschaffen er auch immer sei. Darum fährt Huschke nach den letzten Worten fort: „Endlich kann eine H ö c h s t p e r s ö n l i c h k e i t der legitima hereditas auch aus dem Grunde nicht behauptet werden, daß das Gesetz sie nur einer bestimmten Person angetragen habe.“ Also d a s ist es und d a r a u f läuft die „genauere Entwickelung“ Huschkes hinaus! In den reinen Wortunterschied der P e r s ö n l i c h k e i t und H ö c h s t - p e r s ö n l i c h k e i t rettet sich das „juristische Wissen“ hinein! Aber im juristischen Begriff der P e r s ö n l i c h k e i t gibt es keine Unterschiede von mehr und weniger, die

Unterschiede von Persönlichkeit und höchster oder allerhöchster Persönlichkeit haben hier keinen Platz. Alle Erbschaft, auch die Intestaterbschaft, ist entweder eine Persönlichkeit oder sie ist es nicht. Der Unterschied der Persönlichkeit und Höchstpersönlichkeit, den Huschke auch nicht im geringsten expliziert, so wenig wie dies ein anderer vermöchte, ist also nichts als die krampfhafte Anstrengung des juristischen Wissens, doch wenigstens in den Worten einen Scheinunterschied — den Unterschied von Mensch und Höchstmensch, Subjekt und Höchstsubjekt — sich vorzuspiegeln, weil es ihn in der Sache nicht finden kann. Und warum ist die Intestaterbschaft nicht ebensogut eine „Höchstpersönlichkeit" wie die testamentarische? Das „juristische Wissen" scheint wesentlich darin zu bestehen, an dem einen Orte alles zu vergessen, was es an dem anderen gesagt hat und was ihm hier unbequem wäre. Denn anderwärts [1]) bekennt sich Huschke zu der allgemeinen gang und geben Ansicht der Autoren, daß das Intestaterbrecht Familienerbrecht sei, auf der „Dreieinheit von Mann, Weib und Kind", auf dem physischen Prinzip der natürlichen Zeugung usw. beruhe. Ist dies so, so müßte man ja gerade geneigt sein, den Intestaterben, weil er als Familienglied ja auch noch die physische Seite, die reale natürliche Persönlichkeit des Erblassers in sich vereinigt, weil er Erbe und Familienglied ist und als Familienglied erbender Erbe, am meisten und noch mehr als den bloßen Testamentserben für eine „Höchstpersönlichkeit" des Erblassers zu halten. Wie dem aber auch sei, hier begründet Huschke den Satz, daß die Intestaterbschaft keine Höchstpersönlichkeit sei, unmittelbar nach den letzten Worten also fortfahrend: „Denn die ge-

---

[1]) Siehe die Beilage.

setzliche Erbschaft ist, wie auch der Name schon es ausdrückt, etwas an sich Vorhandenes, wozu das Gesetz nur irgend jemand als Erwerber beruft." Aber ist denn die testamentarische Erbschaft, man halte den Erbbegriff wofür man wolle, nicht gleichfalls „etwas an sich Vorhandenes", wozu das Testament „nur irgend jemand als Erwerber beruft"? Faßt man die Erbschaft als Fortsetzung der erblasserischen Willenssubjektivität, so ist diese vorhanden, denn sonst könnte sie nicht fortgesetzt werden. Faßt man sie als Übertragung des Vermögens, oder als körperliche oder unkörperliche, oder eigentlich mit Huschke als „körperlich-unkörperliche" Sache, so ist diese immer „etwas an sich Vorhandenes", denn sonst könnte sie nicht übertragen werden. Testamentarische wie Intestaterbschaft müssen natürlich, eine so sehr wie die andere, etwas an sich Vorhandenes sein, sonst könnte kein Mensch dazu berufen werden, und das Testament enthält ja nicht weniger eine Delation oder Berufung zu dieser Erbschaft, als das Intestatgesetz. Das juristische Wissen aber, mit diesen Lorbeeren noch nicht zufrieden, fährt da, wo wir seinen Satz abgebrochen haben, also fort: „Und es kann nicht behauptet werden, daß die Erbschaft nur durch die Berufung einer bestimmten Person in ihrer Existenz bedingt sei." Soviel Sätze und Satzteile das „juristische Wissen" im Laufe dieser Erörterung aufstellt, soviel positive Falschheiten! Es „kann" nicht behauptet werden! Huschke leidet nicht, daß dies behauptet wird! Wie aber, wenn man es doch behauptete? Wie, wenn man Huschke erwiderte: Der Hauptgrundsatz des zivilen Intestaterbrechtes, daß eine successio in demselben nicht sei, daß also, wenn der nächste Agnat des Erblassers ausschlägt oder auch nur stirbt, der Erblasser erblos und die Erbschaft zur herrenlosen Sache wird, zeige ja gerade aufs ent-

schiedenste und durch das monumentale Zeugnis des alten Zivilrechtes selbst, daß gerade die Intestaterbschaft „nur durch die Berufung einer bestimmten Person in ihrer Existenz bedingt sei“? Gerade also von der Intestaterbschaft würde der Satz gelten, der nach Huschke nicht von ihr und nur von der testamentarischen gelten soll. Mit der Existenz dieser einen Person des berufenen Agnaten fällt die Existenz der ganzen Erbschaft überhaupt fort. Umgekehrt gilt dieser Satz gerade beim Testamentsrecht weit weniger. Denn in einem Testamente können mehrere Erben eingesetzt sein, wo dann, wenn eine bestimmte Person ausschlägt, die andere von selbst ihren Platz ausfüllt; oder es kann eine Reihe von Substituten aufgeführt sein, wo immer eine Person an Stelle der anderen tritt, was beim Intestaterbrecht unmöglich ist. Gerade also beim Testament ist es viel weniger wahr, „daß die Erbschaft durch die Berufung einer bestimmten Person in ihrer Existenz bedingt sei“. Und schlagen selbst alle Testamentserben aus, so hört die Erbschaft zwar auf, eine testamentarische zu sein, aber sie wird nun doch nach Intestatrecht deferiert, und bleibt somit doch noch immer Erbschaft, ist mindestens nicht in ihrer Existenz als Erbschaft durch die bestimmte berufene Person bedingt, während dies beim Intestatrecht, wo die Erbschaft mit dem Fortfall der bestimmten berufenen Person überhaupt zu existieren aufhört, im höchsten Grade der Fall ist.

Das juristische Wissen muß also, um den illusorisch-phantastischen Wortunterschied der Persönlichkeit und Höchstpersönlichkeit sich selbst nur einigermaßen plausibel zu machen, sofort mit seinem ganzen positiven Stoff in den entschiedensten Widerspruch treten und grundfalsche Regeln aufstellen, die, ließe sich in solchen Abstraktionen überhaupt etwas Wahres zutage fördern, gerade weit eher

immer für das entgegengesetzte Gebiet von dem, für welches sie gegeben werden, wahr sein würden.

Aber bisher hat Huschke uns nur immer sagen wollen, weshalb die Intestaterbschaft keine „Höchstpersönlichkeit" ist. Noch fehlt der Grund, weshalb die testamentarische Erbschaft ihrerseits, im Unterschied von jener, eine „Höchstpersönlichkeit" ist, oder irgendwelche andere Redensart, die Huschke wird ausfindig machen wollen, um zu zeigen, warum der Testamentserbe die in jure cessio nicht vornehmen kann. Huschke fährt also unmittelbar nach den letzten Worten fort: „Hierin unterscheidet sich die legitima hereditas wesentlich von der testamentaria, zu welcher wir daher sogleich übergehen. Eine testamentarische Erbschaft wird vor der Antretung von dem eingesetzten Erben nichtig zediert." Richtig, das ist wieder der Satz, den wir aus Gajus wissen. Huschke aber wollte erklären, warum? Er fährt daher fort: „Denn der Anspruch des Testamentserben beruht bloß darauf, daß in ihm der materielle Teil (?!) der Bedeutung des familiae emptor liegt, welcher nach dem ursprünglichen Rechte unmittelbar mit dem Tode des Erblassers dessen successor per universitatem wurde, mithin auf einem Vertrage nicht über die *hereditas*, sondern über die *familia* des Verstorbenen, welche nur im Augenblick des Erwerbes, wo von keiner Zession einer nicht erworbenen Erbschaft mehr die Rede sein kann, sich als *hereditas* gestaltet."

Hat das juristische Wissen bisher so viel Verwirrungen angerichtet, als es Sätze hervorgebracht, so gipfelt diese Fruchtbarkeit in diesem Satze, aus welchem fast so viel Irrtümer als Zeilen in ihm sind, herausgeschält werden könnten. Die Hauptverwirrung, welche diese Irrtümer erzeugt, ist hier die tiefsinnige Unterscheidung Huschkes

von familia und hereditas. Inzwischen wir müssen in der Beilage ohnehin ausführlich auf diese neue Wortunterschiedstheorie Huschkes eingehen und den Knäuel von Widersprüchen aufrollen, der in ihr enthalten ist. Hierauf wollen wir also verweisen. Hier wollen wir uns begnügen, eine andere und sehr entscheidende Antwort zu geben.

Nach Huschke beruht also der Unterschied des Intestaterben und Testamentserben darauf, daß der „Anspruch des Testamentserben" infolge seines Manzipationsvertrages „nicht über die *hereditas,* sondern über die *familia* des Verstorbenen" sich erstreckt! Aber somit vergißt das „juristische Wissen" ja, daß das positive Zwölftafelgesetz ja gerade vom Intestaterben sagt: *familiam* habeto, ihm also gerade die *familia* überträgt. Es ist also kein Unterschied zwischen familia und hereditas, und der Intestaterbe hat die erstere so gut wie der Testamentserbe. Oder hätte Huschke recht, und wäre wirklich ein Unterschied zwischen beiden, so beruhte gerade „der Anspruch des Intestaterben" auf einer Übertragung der *familia,* nicht der hereditas, und gerade dem Testamentserben, von dem es dagegen heißt: *heres esto,* wäre vielmehr die hereditas übertragen!

Das „juristische Wissen" hat also das entschiedene Unglück, sobald es den Ehrgeiz hat, sich auf das Denken einlassen zu wollen, mit jedem Worte seinem positiven Stoff ins Gesicht schlagen und das Gegenteil von dem sagen zu müssen, was dieser sagt. Es hat entschieden und fortgesetzt das Unglück, nicht nur Unterschiede zu produzieren, die keine sind, sondern die, wenn sie welche wären, unglücklicherweise weit eher für das entgegengesetzte Gebiet von dem, welches sie charakterisieren sollen, zutreffen würden.

So ist denn, wie wir es voraussagten, in dieser ganzen

Erklärung des Gajusschen Satzes, die Huschke unternimmt, der positive Satz des Gajus das einzige wahre Wort geblieben. Alles andere hat nicht nur nichts erklärt, sondern nur die greulichste Verwirrung im ganzen Erbrechtsstoff hervorgebracht. Und das „juristische Wissen" krönt diese Verwirrung, indem es mit triumphierender Miene diese „genauere Entwickelung" in einer Anmerkung damit schließt: „hiernach" sei auch der „Inhalt der Erklärung des Erben, welcher eine gesetzliche und welcher eine Testamentserbschaft annimmt", also der Inhalt der Aditionserklärung „ein ganz verschiedener"! Man kann alles beim Intestat- und Testamentsrecht verschieden finden wollen, die Art der Berufung, auch noch in einem gewissen Sinne, wie sich bald zeigen wird, das, wozu berufen wird, aber nun und nimmermehr den Inhalt der Aditionserklärung! Hier wie dort, beim Intestat- wie Testamentserben ist der Inhalt dieser Erklärung nur der eine: Erbe, d. h. Willensidentität mit dem Erblasser sein zu wollen. Dies ist so klar, so absolut-notwendig, so sehr der einfache Ausspruch des Rechtsstoffes selbst, daß gerade alle Verschiedenheiten des Testaments- und Intestatrechtes nur jenseits der Aditionserklärung fallen, nur bis zur Adition reichen. Die Adition selbst ist gerade wegen dieser Identität ihres Inhaltes die auswischende Hand des Erben, welche sich über jene Unterschiede breitet und sie verschwinden macht. Mit der Adition sind alle zivilistischen Unterschiede beider Delationssysteme zugrunde gegangen, der Erbe hat sie durch die absolute Identität der Erklärung, Erbe sein zu wollen, getilgt; durch die Adition ist jeder Unterschied in ihm, ob er testaments- oder intestatrechtlicher Erbe war, zivilistisch durchaus zugrunde gegangen und aufgehoben, er ist jetzt Erbe überhaupt geworden, und es ist ihm

zivilrechtlich nicht mehr das geringste davon anzusehen, was er früher war.

Sicher, wenn die römischen Juristen wieder auferstünden, sie würden unseren Autoren alles glauben, nur dies eine nicht, daß es ihr Recht ist, von dem sie handeln!

Kürzer, als die Verwirrungen des juristischen Wissens zu analysieren, wird es sein, die wahre Notwendigkeit jenes Unterschiedes bei der in jure cessio aufzuzeigen. Sie entrollt sich aus unserer Begriffsentwickelung ganz von selbst.

Der testamentarische Erbe ist die ausdrücklich-gesetzte Willensidentität des Erblassers. Als ausdrückliches Sichselbstsetzen ist dasselbe notwendig negativ gegen jedes nicht von ihm Gesetzte. Wer sagt: Ich bin Paul, sagt dadurch zugleich, daß er nicht Peter oder Ludwig ist. Derjenige also, welchen der Testator gesetzt hat, Willensidentität mit ihm zu sein, kann diese entweder nur sein — so ist er Erbe —, oder nicht sein wollen — so ist er ein ganz rechtloser Dritter gegen ihn. Übertragen könnte er diese Willenssubjektivität nur, wenn sie erst die seinige ist, wenn er sie erst in sich aufgenommen hat, und dann natürlich nur in jener Weise, in welcher man seine gesamte Willenssubjektivität übertragen kann, also wieder durch Erbeinsetzung, oder indem er sich arrogieren läßt usw.

Daß also derjenige, von dem der Testator gesagt hat: Peter soll Willensidentität mit mir sein, nicht sagen kann: Nein, ich will es nicht sein, sondern Paul soll es sein, ist äußerst einfach und folgt aus dem reinen Erbbegriff oder aus dem Begriff „der Erbschaft überhaupt“, aus dem es nach Huschke gerade nicht folgen soll, von selbst, da ja der Wille des Testators sonst nicht erhalten, sondern negiert werden würde. Und sicher, wäre nicht im Intestaterben ein subsidiarischer, aushilfsweiser Charak-

ter, wäre er ebenso adäquate Realität des Erbbegriffes wie der Testamentserbe, so würde er es ebensowenig können wie dieser. Nun aber zum Intestaterben! Der Intestaterbe ist der vorausgesetzte Wille des Toten, nicht sein gesetzter. Inzwischen, auch als vorausgesetzter Wille ist er immer noch ein bestimmter, denn er ist ja nun eben die vorausgesetzte Bestimmtheit im erblasserischen Willen. Wir zeigten daher schon oben (S. 569), wie auch vom Intestatrecht „der Wille des Toten, obgleich ein vorausgesetzter, doch immer als ein bestimmter Wille vorausgesetzt, d. h. auf den Willen eines anderen bestimmten Individuums gerichtet sein" und so behandelt werden muß. Wir zeigten daselbst, wie daher „durch den vorausgesetzten individuellen Willen des Toten ein bestimmtes Individuum, der nächste Agnat, dazu berufen ist: ihm durch seinen Willen Fortsetzung zu geben", wie „folglich ohne diesen Willen des berufenen Agnaten dem Willen des Toten keine Fortexistenz von einem anderen gegeben werden", und also von irgendeiner successio keine Rede sein könne. Dies entwickelten wir oben, und gewannen so jenen Hauptgrundsatz des Zivilintestatrechtes. Sollten wir vielleicht beabsichtigen, gewissen Methoden folgend, hier, wo es zu unseren Zwecken nicht mehr paßt, dies wieder zurückzunehmen? Keineswegs.

Aber was ist denn durch das Obige ausgeschlossen? Betrachten wir nur die eben angeführten dortigen Worte selbst. Ausgeschlossen ist dadurch, daß, „ohne diesen Willen des bestimmten berufenen Agnaten, dem Willen des Toten Fortexistenz von einem anderen gegeben werden kann." Aber ist denn damit ausgeschlossen, daß sie ihm nicht durch seinen Willen — wie bei der in jure cessio geschieht — von einem anderen gegeben werde? Wozu ist denn der Intestaterbe berufen? Dazu, wie es

in den eben rekapitulierten Sätzen selbst heißt: „ihm (dem Toten) durch seinen Willen Fortexistenz zu geben", nicht aber somit dazu, ihm Fortexistenz zu sein. Ist das nicht vielleicht auch ein bloßer Wortunterschied, den wir plötzlich geltend machen? Statt ein solcher zu sein, enthält er vielmehr den gesamten realen Begriff des Intestatrechtes, der uns hier erst in seiner letzten Entfaltung aufgehen wird, eine Entfaltung, die aber nichts anderes als nur die bestimmte Heraushebung des von Anfang an entwickelten subsidiären Begriffes desselben ist.

Das Intestatgesetz, sagten wir bei dieser Entwickelung, geht darauf aus, das Individuum zu suchen. Aber, sagten wir daselbst bereits (S. 549), dasselbe in reeller Willensidentität finden kann es nicht. Denn läge eine Willensidentität vor, ein testamentarischer Erbe oder ein suus, so brauchte das Intestatgesetz gar nicht zu suchen und könnte gar nicht suchen; es könnte und brauchte gar nicht intestatgesetzlich zu verfügen. Gerade weil es nicht eine adäquate Willensidentität finden kann, gerade hierin liegt ein subsidiärer, aushilfsweiser Charakter, gerade deshalb muß es als Gesetz ergänzen.

Um dasselbe Moment zunächst noch deutlicher von seiten des vorausgesetzten individuellen Willens des Toten zu betrachten, so kann derselbe nicht zu dem Agnaten usw. sagen: Sei Willensidentität mit mir, sei meine Willensfortexistenz. Denn er selber, der Erblasser, hatte ja noch gar nicht seinerseits gesetzt, daß er Willensidentität mit ihm sei. Der Agnat ist dies also noch nicht, und kann somit nicht einfach aufgefordert werden, etwas zu sein, was er nicht ist.

In der Intestatberufung rufen also der individuelle Intestatwille des Erblassers und der allgemeine Wille des

Volkes dem Berufenen nicht zu: Sei Willensidentität mit dem Erblasser, sei seine Willensfortexistenz, was du nicht bist, sondern sie rufen beide ihm zu und können ihm nur zurufen: Ergänze das Nichtseiende; gib ihm Willensfortexistenz!

So angerufen, im Unterschiede von der seienden Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjektivität, ihr Fortexistenz zu geben, hat dieser hierzu angerufene Wille das volle Recht, sie ihr zu geben durch sich oder einen anderen, wenn er nur der Gebende ist. Er hat auch bei der in jure cessio den Ruf, der an ihn ergangen ist, und zwar nicht nur à la lettre, er hat ihn in seiner ganzen begrifflichen Tiefe erfüllt. Denn was war der reale Begriff des Intestatrechtes? Er war die Fortexistenz der sich nicht besondernden Willenssubjektivität, vermittelt durch die allgemeine Willensgemeinsamkeit des Volkes in ihren gegliederten Kreisen. Nun, diese Fortexistenz der Willenssubjektivität überhaupt ist eingetreten, und durch diese Vermittelung der allgemeinen Willensgemeinsamkeit des Volkes in dem Träger des gegliederten Kreises ist sie hindurchgegangen und vermittelt worden, und so sind beide Momente des Begriffes erschöpft. Daß es ein sich nicht-besondernder individueller Wille ist, der fortgesetzt wird, das kommt hier wieder zum Vorschein, nicht in dem zum Geben der Willensfortexistenz Berufenen, welcher durch die Identität des sich nicht besondernden Willens mit dem allgemeinen Willen durchaus ausschließend persönlich bestimmt ist — nicht aber qua Person, sondern qua diesen Begriff zeitig repräsentierende Person —, sondern es kommt wieder zum Vorschein in der Gleichgültigkeit der besonderen Person, die der ausschließend Angerufene logisch konsequent dem sich nicht besondernden Individuum zum Träger geben kann.

Die schlechthinnige Wahrheit dieser Entwickelung zeigt sich nun sofort darin, daß aus eben denselben Gründen, aus welchen der Intestaterbe in jure zedieren kann, der suus es nicht kann. Er kann es nicht können, obwohl er formell Intestaterbe ist, denn da er eben, wie der testamentarische Willenserbe, schon gesetzte Willensidentität mit dem Erblasser ist, so ist er nicht berufen, diesem eine Willensidentität zu geben, sondern eine solche zu sein. Darüber ist daher auch kein Streit[1]) zwischen den beiden Schulen der Sabinianer und Prokulejaner, daß der suus nicht, wie der sonstige Intestaterbe, das Erbrecht in jure zedieren kann, sondern die Differenz ist nur diese: Die Sabinianer sagen, daß der suus, wenn er in jure zediere, einen überhaupt nichtigen Akt vornehme, während die Prokulejaner diesem Akte doch die Wirkung gönnen wollen, welche beim Testamentserben die in jure cessio nach der Adition hat, also eine keinesfalls mehr das Erbtum berührende Wirkung. Es tritt somit auch hier wieder hervor, wie der suus, obwohl formell Intestaterbe, doch realiter nicht ein solcher und deshalb auch vom Intestatgesetz nicht berufen, d. h. nicht verfügend eingesetzt, sondern ebensosehr Testamentserbe ist und ganz die Stellung einnimmt, die wir in unseren gesamten Ausführungen nachgewiesen haben.

Wenden wir uns nun wieder zum Zwölftafelgesetz, so zeigt sich als ein weiterer Beweis, daß wir in der gegebenen Begriffsentwickelung wieder nichts anderes als heimliche Wortinterpretation getrieben haben! Denn jetzt wird nun klar sein, warum das Zwölftafelgesetz sagt: Familiam *habeto*, er habe die Willensherrschaft, wäh-

1) Siehe Gajus, II, 37; III, 87. Was er in der ersten Stelle vom necessarius heres sagt, beschränkt er in der zweiten selbst auf den suus et necessarius.

rend das Testament sagen muß: *Heres esto,* er sei Erbe. Das Zwölftafelgesetz läßt den Berufenen die Willensherrschaft haben. So hat er sie in der Hand, kann sie selbst fortsetzen, wenn er sich durch die Adition mit ihr identifiziert, kann sie fortgeben. Haben und Geben widerspricht sich nicht. Im Gegenteil, was einer hat, kann er geben, und was einer fortgeben will, muß er erst haben. Aber was einer ist, das kann er nicht fortgeben[1]). Darum ist heres esto ausschließend, und familiam habeto übertragbar. Der Testator kann und muß sagen: heres esto[2]); denn dadurch, daß er selbst im Testament der Setzende ist, setzt er hierdurch eben den von ihm Berufenen seinerseits schon als seiende Willensidentität mit ihm. Dieser hat also die Identität nur fort zu sein, als die er bereits vom Testator gesetzt und vollbracht ist, und nur auch seinerseits dies Sein, als daß er selbst von seiten des Testators schon gesetzt ist, anzuerkennen. Bei dem Intestaterbrecht fehlt es ja aber eben an einer seienden Willensidentität des Testators, und darum gerade muß das Intestatgesetz erst ergänzend eine solche ihm geben[3]). Täte ferner das Intestatgesetz dies mit den Worten: Proximus agnatus *heres esto,* so würden die römischen Juristen ganz unbedingt und mit höchstem Rechte aufgefaßt haben, daß dieser vom Gesetz ausgehende Befehl, etwas zu

[1]) Er gäbe dann eben das ganze eigene Sein fort, durch Erbeinsetzung, arrogatio, in manum conventio; s. oben S. 610.

[2]) Abgesehen davon, daß die Formel nur die Abbreviatur der im testamentum per aes et libram in seiner ursprünglichen Form in der beiderseitigen dramatischen Handlung schon vollbrachten Willensidentifizierung ist, s. Nr. VIII und V.

[3]) Man vergleiche dagegen Huschkes Erklärung des familiam habeto und heres esto im Rhein. Mus., VI, 297, Note 64.

sein, verbindende Kraft habe, d. h. also, daß der Intestaterbe ein heres invitus sei, wie der suus. Sie würden bei ihrer Weise zu interpretieren, d. h. bei der Schärfe des römischen Geistes, so haben auffassen müssen. Denn kein Mensch kann sich dem entziehen, rechtlich das zu sein, was ihm der Gesetzgeber zu sein befiehlt. Er ist es schon eo ipso dadurch geworden, daß das Gesetz ihm dies zu sein befiehlt. Der an das Sein des Menschen gerichtete Befehl des Gesetzes wirkt als eine Qualifikation desselben, die ihn ohne sein Zutun sofort befaßt[1]). Der Intestaterbe würde also dann dies Sein nicht nur nicht haben fortgeben, nicht wieder los werden, in jure zedieren können, er würde es auch nicht haben ausschlagen können. Durch den gesetzlichen Befehl wäre er statim und ohne seinen Willen Erbe gewesen. Darum kann der Befehl nur an das Haben des Berufenen gerichtet sein. Was einer hat, das kann er nicht nur einem Bestimmten fortgeben, das kann er ergreifen und festhalten, kann es auch nicht ergreifen und fortwerfen, kann es ausschlagen. Seines gesetzlichen Habens kann man sich immer entäußern, nur seines gesetzlichen Seins nicht. Darum darf der gesetzliche Befehl, wenn er die individuelle Willkür des Berufenen freilassen soll, nur an sein Haben gerichtet sein.

Haben wir hier aber bloß Wortinterpretation getrieben und vielleicht übertrieben? Werfen wir die Worte ganz fort und sehen wir jetzt bloß auf den realen Begriff der Sache, und jetzt erst werden wir die innere Notwendigkeit alles bisher Entwickelten in ihrer präzisesten und evidentesten Form zum Vorschein bringen, und nun erst hierbei die letzte Falte im Be-

---

[1]) Vgl. unseren Bd. I 1 [IX], § 1.

griff des Intestatrechtes in voller Klarheit hervortreten sehen.

Wir sagten soeben: Bei dem Intestatrecht fehlt es an einer schon seienden Willensidentität des Testators, und gerade darum muß das Intestatgesetz aus dem bloß vorausgesetzten Willen des Toten erst ergänzend ihm eine solche geben. Und dies war ja der bestimmte Begriff des Intestatrechtes, aus dem wir von Anfang an alles Weitere desselben entwickelt haben. Wie aber? Kann das Gesetz selbst ihm eine solche geben? Wenn es selbst, das Gesetz, das Gebende sein wollte, so würde es ja, welcher Worte es sich auch immer bedienen möchte, immer die Freiheit des Berufenen verletzen müssen. Es würde dies ja gerade wollen, wenn es selber, das Gesetz, das der erblasserischen Willenssubjektivität den Fortsetzer Gebende sein wollte. Das Gesetz kann also, da es die Willensfreiheit des Berufenen nicht verletzen will, nicht selber dasjenige sein, was dem Toten die Willensfortsetzung ergänzt und gibt. Die Berufung des Intestatgesetzes hat also vielmehr die Bedeutung, daß der Berufene derjenige sein soll, welcher dem Erblasser die Willensidentität und Fortsetzung ergänzt und gibt, d. h. das Intestatgesetz überträgt in höchster Einheit von Inhalt und Form seines Begriffes das, was sein eigener inhaltlicher Begriff ist, seinen eigenen Charakter des Aushelfens und Ergänzens, seine eigene gesetzliche Befugnis — auf den Berufenen! Nicht das Intestatgesetz ergänzt, sondern es beruft bloß einen, der die Befugnis, das Dasein der Willensidentität zu ergänzen, haben soll. Dies also ist erst die konkrete und wahrhafte Bedeutung der intestatgesetzlichen Berufung. Nicht Erbe des Toten zu sein, sondern

lebendiges Intestatgesetz zu sein, ausübender Träger der Befugnis desselben zu sein, dem Toten die Fortexistenz seiner Willenssubjektivität zu ergänzen und zu geben — dazu ist er berufen; berufen vom Intestatgesetz, berufen vom vorausgesetzten individuellen Willen des Toten selbst, mit dem jenes nur identisch ist. Da er überhaupt nur zu diesem intestatgesetzlichen Tun, zu diesem Geben, Aushelfen und Ergänzen berufen ist, so liegt es also von vornherein in seinem Begriff, der erblasserischen Willenssubjektivität ebensogut durch einen anderen wie durch sich selbst ihre Fortexistenz ergänzen und geben zu können.

Es zeigt sich also, wie gerade nur wegen des Subsidiären und Unadäquaten, was im Intestatgesetz überhaupt liegt und deshalb in dem ab intestato Berufenen als dem lebendigen Träger der intestatlichen Aushilfe wiederkehrt, das weitere Recht des Intestatberufenen gegen den Testamentserben, das Recht der in jure cessio gegeben ist[1]).

Es zeigt sich ferner, wie, wenn man bloß von dem substantiellen Begriff des Intestatrechtes als einem aus dem vorausgesetzten Willen des Toten ergänzenden Geben der

[1]) Aber ebenso zeigt sich wieder, daß die Adition des Intestaterben keinen anderen Inhalt hat als die des testamentarischen. Denn durch die Adition erklärt der Intestaterbe, daß er die Fortexistenz der Willenssubjektivität, die er dem Erblasser überhaupt nur geben soll, gleichviel in welcher Willensindividualität, ihm in der seinigen geben wolle, daß er selbst Erbe, Willensidentität mit ihm sein und von seiner Befugnis, ihm einen anderen dazu zu geben, keinen Gebrauch machen wolle. Es tritt hier also nur noch deutlicher heraus, wie die Adition das in beiden Systemen inhaltlich Gleiche, wie sie, wie wir oben sagten (S. 609), die auswischende Hand des Erben, der einheitlichen Idee des Erbtums überhaupt ist, die sich über die Unterschiede der beiden Berufungen breitet.

Fortexistenz ausgeht, welches aber, um die Freiheit anderer Personen nicht zu verletzen, nicht selber geben kann, sondern diese Befugnis notwendig auf den Berufenen übertragen muß, man genau zu demselben Resultate kommt, zu welchem man von der Wortinterpretation des familiam habeto der Zwölf Tafeln gegen das heres esto gelangt. Wort und Begriff sind überhaupt im römischen Zivilrecht schlechthin identisch und sich deckend, und müssen es da sein, wo beide in solcher höchsten Schärfe genommen werden, von welcher freilich lange jede Ahnung untergegangen ist.

Es zeigt sich drittens endlich jetzt erst in seiner ganzen Entfaltung der Begriff des Intestaterben.

Von dem vorausgesetzten individuellen Willen des Toten, wie von dem allgemeinen Willen des Volkes selbst, welcher mit jenem, als einem sich nicht besondernden, nur identisch ist, geht ein Schreien nach Fortexistenz überhaupt für den Toten aus! Es handelt sich nicht mehr um Fortexistenz in einem bestimmten individuellen Willen und kann sich nicht mehr darum handeln, sonst hätte der Tote sich selbst in einem bestimmten individuellen Willen, in einem Testamentserben oder suus, setzen müssen. Da er dies nicht getan, so kann es sich mit logischer Notwendigkeit für diesen bloß vorausgesetzten Willen nur noch um Fortexistenz in einer Willenssubjektivität des Volkes überhaupt handeln. Die Allgemeinheit, in welche der bloß vorausgesetzte, der sich nicht besondernde Wille des Individuums zusammenfallend versinkt, tritt hier in dieser Gleichgültigkeit gegen den bestimmten Willensfortsetzer am realsten heraus[1]). Aber eben weil der bloß

[1]) So wenig liegt im Intestaterbrecht ein „Familienerbrecht" vor!

vorausgesetzte individuelle Wille, als sich nicht besondernder, identisch ist mit der allgemeinen Willensgemeinsamkeit des Volkes — und wäre er dies nicht, d. h. trüge er nicht diesen Volksgeist in sich, so würde er freilich überhaupt nicht nach Fortexistenz schreien —, so schreit, in beständiger höchster begrifflicher Identität der Momente von Form und Inhalt, der als identisch mit der allgemeinen Willensgemeinsamkeit vorausgesetzte individuelle Wille des Toten, daß ihm durch das, wodurch er selbst individuell mit dieser allgemeinen Willensgemeinsamkeit vermittelt ist, also durch die Vermittelung dieser allgemeinen Willensgemeinsamkeit in ihren gegliederten Trägern[1]), Fortexistenz gegeben werde. Das „durch" der Willenssubjektivität, durch welche die Fortexistenz gegeben werden soll — nicht diejenige, in der sie gegeben werden soll —, ist bestimmt, ist durch einen Begriff bestimmt, und zwar gerade durch den Begriff dieser Willensgemeinsamkeit selbst, welche das Agens dieses Schreies bildet; es ist auf den zeitigen individuellen Träger dieses Begriffes bestimmt, nicht aber individuell bestimmt. Das fortsetzungssüchtige Wesen des Toten schreit nach Fortsetzung überhaupt, gleichviel in wem. Nur weil er als vorausgesetzter Wille identisch ist mit dem allgemeinen Willen — was auch allein den wirklichen Grund bildet, diesen Schrei überhaupt bei ihm vorauszusetzen —, ist in den Gliederungen, durch welche sich der vorausgesetzte Wille mit dem allgemeinen individuell vermittelt, auch das Ohr bestimmt, an welches zunächst dieser Schrei anschlagen soll.

Aber eben deshalb darf auch dies nur ein „zunächst" sein, und in jener Gleichgültigkeit gegen die fortsetzende

---

[1]) Siehe oben S. 552 fg.

Willenssubjektivität ist schon gegeben, daß es hierbei sein Bewenden nicht haben wird. Lassen die gegliederten Vermittler seiner Willensgemeinsamkeit mit dem Volke, die Agnaten oder Gentilen, dies fortsetzungsfähige Wesen des Toten im Stich, kommen sie nicht herbei, seinen Ruf zu erfüllen, so tönt dieser Ruf weiter und weiter. So im Stich gelassen von den Gliederungen, die ihn individuell mit der Willensgemeinsamkeit des Volkes vermittelten, muß er, weil er als sich nicht besondernder Wille mit dem allgemeinen Willen identisch ist, jetzt von den Gliederungen nicht gehört, an den rein allgemeinen Willen sich wenden, an den großen, ganzen, ungegliederten Willen des Volkes, in welcher Individualität er auch existiere[1])! Ist er nicht Agnat, ist er nicht Gentile, so ist er doch Quirite! Diese letzte, rein allgemeine Willensgemeinsamkeit kann man ihm nicht rauben. Und so ergeht denn weiter und weiter der Schrei dieses fortsetzungssüchtigen Wesens in alles Volk hinein, an jeden ersten und besten des Volkes, an jeden, der nur als Individualität diesen Volksgeist in sich trägt, der seinigen Fortexistenz zu geben.

Und so gibt ihm denn jeder eine solche, ohne Berufung und Titel, ohne Testament noch Intestatgesetz, durch die bloße Einlebung in sein Vermögen.

Es ist natürlich die alte usucapio pro herede, von der wir sprechen, infolge deren jeder durch den bloßen jährigen Besitz der Erbschaftssachen vor dem Antritt der Erben das Erbtum, das heredem esse erzeugt, ein Institut, welches durch diese Entwickelung um seinen ganzen bisher so rätselhaften Charakter, um seine so allgemein angestaunte

---

[1]) Vgl. oben S. 552 fg., u. resp. S. 517 nebst Note 1, u. S. 558, Note 1.

Dunkelheit gebracht, und in seinem organischen Zusammenhange mit dem Intestaterbrecht aufgezeigt ist[1]).

---

[1]) Und nun werden die Worte des Gajus selbst (II, 55) dies aufs evidenteste heraustreten lassen. Er sagt von der usucapio pro herede: „Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, *quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri,* ut essent qui sacra facerent, quorum *illis* temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur." Der erste Grund, den Gajus mit „weil" anführt, die Alten lassen die usucapio des Erbtums zu, weil sie wollen, daß Erben da sein sollen, daß die Willenssubjektivität des Toten fortexistieren soll (und erst hiernach auch in zweiter Linie, daß sie baldmöglichst fortexistieren, die zur Erbschaft Berechtigten schnell antreten sollen und nicht, wie dem Zivilerben zusteht, das fortsetzungssüchtige Wesen des Toten unberechenbar lange in Ungewißheit lassen, ob sie ihm Fortexistenz geben werden), läßt das Obige jetzt klar für uns und unklar nur für Gajus selbst hervortreten. Der zweite Grund, „damit welche da sind, welche die sacra besorgen und die Kreditoren befriedigen", dieser Grund des Grundes enthält nur den schiefen Versuch des Gajus, das, was ihm traditionell von der alten Anschauung überkommen, sich für seinen Verstand zu vermitteln. Dieser Versuch ist schief und muß es sein, weil Gajus dabei nur die einheitliche Idee des Erbtums in ihre einzelnen Wirkungen auflöst, sie aber eben dadurch verlieren muß. Gajus hätte ebenso gut sagen können, „weil die Alten wollten, daß welche da seien, welche die Aktivobligationen des Toten einkassieren, seine Güter als die seinigen besitzen usf.". Hätte Gajus so die Idee des Erbtums in die gesamte Reihe seiner einzelnen Wirkungen aufgelöst, so würde er freilich den wahren Grund nur in seiner außer sich gekommenen, inkongruenten, nicht durchsichtigen Form in Händen gehabt haben. Aber dann wäre schon auf dem Verstandeswege für jedermann zum Vorschein gekommen, daß er eben nur alle einzelnen Wirkungen statt des einheitlichen Grundes dieser Wirkungen setzt, und daß Gajus, alle

Die alte usucapio pro herede ist so ein Subsidiäres im Intestatrecht. Wie das Intestatrecht das Subsidiäre

Wirkungen des Erbtums als Grund aufzählend, eben nur sagt: die Alten wollten es, weil sie wollten, daß Erbtum da sei. Weil der Verstand des Gajus aber wieder — und in dieser Form ganz mit Recht — nicht begreifen würde, was die Alten daran für ein Interesse nehmen, daß jemand die Aktivobligationen eines Toten einkassiere, seine Güter als die seinigen besitze usw., beschränkt er die Gesamtreihe der einzelnen Wirkungen auf die zwei. daß die sacra und die Kreditoren befriedigt werden. Aber gerade hierdurch fällt er nun in den noch weit substantielleren und totalen Irrtum, den Schein zu erregen, als wäre es ein anderes als das eigene Interesse des Erblassers, als wäre es das selbständige Interesse dieser Dritten, der Kreditoren und Götter, welches, um befriedigt zu werden, die usucapio pro herede hervorrufe und das Interesse, das „Weil" des Erbtums bilde; ein Irrtum, in den ihm natürlich die Juristen, Huschke voran, dem Gajus tapfer nachsagend, was er sagt, getreulich folgen (siehe oben S. 589, Note 1, wo von Huschke als Grund der usucapio pro herede angegeben wird, daß „bald Götter und Menschen befriedigt" und „für Götter und Kreditoren ein baldiger Nachfolger geliefert" werde; wobei die den Worten nach bei Gajus noch ganz richtige erste Hälfte des Grundes: *ut essent qui sacra facerent,* nun in noch immer tiefere Unrichtigkeiten verwandelt wird). Aber noch in diesem totalen Irrtum bei Gajus ist, insofern die Fortsetzung der sacra als Grund angegeben wird, die Ahnung des wirklichen Begriffes verknorpelt; denn wenn das Interesse der Kreditoren als lebendiger Rechtspersonen ein Interesse dritter Personen gegen den Erblasser ist, so ist doch der Gott nur das eigene herausgesetzte Wesen des menschlichen Geistes, und es würde daher, selbst abgesehen von der genaueren Begriffsentwickelung, welche wir über die Idee der Perpetuität der sacra als notwendigen Ausdruck der Unsterblichkeit des subjektiven Willens gegeben haben (Nr. II), durch diese eine Bemerkung einleuchtend sein müssen, daß das Interesse, welches der Gott an der Fortexistenz der sacra des

des Testamentsrechtes ist, so ist die usucapio pro herede das Subsidiäre des Intestatrechtes: ein Subsidiäres des Subsidiären! Auf alle Weise schreit das Wesen des Toten nach Fortsetzung. Weist ihn der ausdrücklich angerufene Testamentserbe zurück, so schreit er als vorausgesetzter Wille im Intestatrecht, daß ihm durch seine individuelle Vermittelung mit der allgemeinen Willensgemeinsamkeit des Volkes Fortexistenz in irgendwem gegeben werde; hören ihn diese individuellen Vermittler nicht, so schreit er immer weiter als vorausgesetzter

---

Toten nimmt, nicht, wie der Verstand meint, dem alles immer im festen Außereinander bleibt, eine „Pietät" gegen den Gott als ein drittes, außerhalb des Toten existierendes Wesen, sondern irgendwie ein Interesse des Geistes an sich selber ist. Schon in dieser naiven und eigentümlichen Gleichstellung von Gläubigern und Göttern, von der schwer zu sagen ist, ob die Götter in ihr mehr als Gläubiger oder die Gläubiger mehr als Götter erscheinen, zeigt sich, daß weder Götter noch Gläubiger und die „Lieferung" für diese, sondern das, worin sich gemeinschaftlich das Interesse der Fortexistenz der sacra und der Obligationen auflöst, also dies: daß diese Willenssubjektivität fortexistierend da sei, das „Weil" bilde, aus welchem die Alten die usucapio pro herede wollten.

Nicht minder aber zeigt der Verstand in dem ersten noch richtigen Satze: quod voluerunt veteres *maturius* hereditates adiri, schon durch das erklärende Einschiebsel maturius, daß er, das traditionell Überkommene nicht begreifend, um es zu erklären, es fälschen muß, und zwar wird dies gleichfalls wieder der Verstand durch seine eigene Konsequenz zeigen. Gajus begreift nicht mehr recht — wie fern die Zeiten, von denen er spricht, seinem Bewußtsein liegen, legt er ja noch recht deutlich durch die Bemerkung über die sacra: „quorum *illis* temporibus summa observatio fuit", an den Tag —, was für ein so großes Interesse doch eigentlich die Alten an dem Zustandekommen des Erbtums nahmen, um die usucapio pro herede zu gestatten. Er will es sich in einer dem Verstande

Wille — also wieder als echter, begrifflicher Intestatwille —, daß ihm durch die ganz allgemeine Willensgemeinsamkeit, durch die er mit jedem Volksindividuum überhaupt verbunden ist, durch den ersten besten Vorübergehenden Fortexistenz gegeben werde.

Er schreit so heftig, schreit so gebieterisch, daß er nicht einmal des Rechtes der Intestaterben, die sein vorausgesetzter Wille berufen hat, achtet. Wenn sie zögern, wenn sie sich besinnen, wenn sie seine Fortexistenz verschleppen[1]), nun so schreit auf Grund derselben Vor-

faßlichen Form erklären, und schiebt daher ein *„maturius“* ein. Die Alten gestatteten sie deshalb, damit „die Erbschaften früher angetreten würden“ (weil nun nämlich der Zivilerbe zu fürchten hatte, daß Usukapienten, ihm zuvorkommend, wenn er nicht bald antrat, irgendwelche Stücke der Erbschaft dauernd entzögen). Aber wie? Nur, damit sie früher angetreten würden? Nicht auch, damit sie überhaupt angetreten würden? Wenn jeder dem Erben, auch in der Voraussetzung, daß dieser noch später antreten würde, die Sachen vor der Nase weg pro herede usukapieren konnte, war jeder hierbei stattfindende Grund, er möchte sein, welcher er wollte, nicht noch weit stärker, insofern man die Voraussetzung machte, der Erbe würde niemals antreten? Der Verstand zeigt also durch sich, daß das maturius nur ein erklärendes Einschiebsel, und zwar ein fälschendes Einschiebsel ist, und daß der Satz des Gajus: quod voluerunt veteres *maturius* hereditates adiri, vielmehr in Wahrheit einfach heißen muß: quod voluerunt veteres *hereditatis adiri,* was absolut und genau dasjenige ist, was sich uns im Text vom spekulativen Gedanken aus entwickelt hat, d. h. hier wie immer fällt wahre Kritik und spekulative Entwickelung in eins zusammen.

[1]) Aber wenn sie ausschlagen, so haben sie ihn sogar negiert; es ist dann gar kein Fortgespanntsein des erblasserischen Willens (hereditas jacens) mehr vorhanden. Der Wille, auf den er sich bezog, damit ihm eine Fortexistenz gegeben werde, hat ihm auch das Gegebenwerden einer sol-

aussetzung dieser vorausgesetzte Wille logisch konsequent weiter, daß der erste beste Vorübergehende jenen zuvorkomme und ihm Fortexistenz gebe. War es ihm ja schon im Intestatrecht selbst nur um Fortsetzung überhaupt und gleichviel in wem zu tun, nur daß ihm diese Fortsetzung durch die Vermittelung der allgemeinen Willensgemeinsamkeit gegeben werden sollte. Ungegliedert aber liegt zuletzt diese Willensgemeinsamkeit in jedem Träger desselben Volksgeistes vor, und es ist daher nur die logisch notwendige Abstufung der sie berufenden Voraussetzung selbst, daß sie nur die erstberechtigten sind, an die der Ruf sich wendet, und die herbeikommen können, ihm Erfüllung zu geben, daß aber, solange sie nicht hören wollen, der Intestatschrei über sie hinausgeht an jeden, der in die allgemeine Willensgemeinsamkeit eingeschlossen ist. Dem testamentarischen Erben aber kann dies nicht passieren, solange er in seiner echten und

---

chen negiert und ihn somit vernichtet, umgebracht. Darum ist er jetzt erblos und sein Vermögen vor der lex Julia herrenlos und Gegenstand der Okkupation, nicht der Usukapion, daher auch nicht der usucapio pro herede. Wenn eine Fortbeziehung des erblasserischen Willens auf einen Fortsetzungsgeber überhaupt nicht mehr existiert, so kann auch keiner mehr für diesen einspringen, pro herede usukapieren. Die Fortexistenz des erblasserischen Willens haftet an dem Intestaterben, und sinkt dem Erblasser ins Grab nach, wenn der Intestaterbe ihn abschüttelt oder selbst stirbt. Dann ist der Erblasser zum zweitenmal gestorben, dann ist auch sein Wille tot, und nun kann ihn keiner mehr ins Leben bringen. Die usucapio pro herede setzt also notwendig voraus, daß der Wille des Erblassers noch an einem Erben hafte, um ihn ergreifen zu können, woraus sich erst die Einzelheiten dieses Institutes verstehen. Dies von Gajus nicht bewältigte Moment ist es auch, welches ihn (siehe S. 622, Note 1) zu dem Einschiebsel maturius veranlaßt.

adäquaten begrifflichen Weise existiert. Denn dann ist er ja (s. Nr. VIII) schon bei Lebzeiten des Erblassers durch die beiderseitige Willensidentifikation als daseiende Willensidentität desselben gesetzt, wie wir dort bei der echten und ursprünglichen Form des zivilistischen Testamentes, wo der familiae emptor selbst der Erbe ist, gesehen haben, und wie bei zweien Willen, die sich — ohne Hilfe eines Gesetzes, was nur beim Intestatrecht der Fall — miteinander identifizieren sollen, ja auch ganz notwendig ist, daß sie sich noch als Willen lebend gegenüberstehen. Der echte Testamentserbe, der Testamentserbe in der alten Zeit, bedarf also, wie nicht etwa bloß aus dieser Form, sondern aus dieser Form nur als dem realen Dasein der Idee folgt und sich von allen Teilen unserer Entwickelung von selbst ergibt[1]), gar keiner neuen Adition[2]); er ist schon als Erbe da, ist diese fortexistierende Willenssubjektivität, als welche er sich bereits gesetzt hat. Erst der, wie wir in Nr. VIII ausdrücklich zeigten, in vollständige Inkongruenz mit seinem eigenen Begriff tretende Testamentserbe, erst dieser Verderb des zivilistischen Begriffes desselben kann dem Testamentserben dieselbe Inkongruenz auch in seinem materiellen Recht erzeugen.

Die usucapio pro herede erweist sich so als ein echter Intestatschrei. Sie nimmt, was der letzte für ihre entwickelte Bedeutung erforderliche Nachweis ist, im alten jus civile nur eine spezifische Stellung zum Intestat-

---

[1]) Vgl. S. 615 und Note 2 das. mit Nr. VIII.

[2]) Man vergleiche nur den Bericht des Theophilus, II, Tit. X, § 1, welcher deshalb die alte Testamentsform abkommen läßt, weil der familiae emptor, als der von selbst vorhandene Erbe, dem Erblasser nach dem Leben getrachtet habe.

recht, keine zum testamentarischen ein, kann nur als eine mögliche Modifikation des ersteren, nicht des zweiten auftreten, und legt auch dadurch ihren nachgewiesenen Begriff, eine innerliche Abstufung des Intestatrechtes zu sein, entschieden an den Tag.

So hat sich denn der Begriff des Intestatrechtes zu seiner organischen Entwickelung und zu seiner letzten über das Intestatrecht selbst hinausgehenden Konsequenz getrieben. Die usucapio pro herede ist — inhaltlich wie formell — ebenso Intestatrecht, wie sie es nicht ist; gerade wie der suus ebenso testamentarischer Erbe ist, wie Intestaterbe. In dieser letzten organischen Abstufung und umschlagenden Konsequenz, zu der sich der Begriff des Intestatrechtes treibt, ist nur am sinnfälligsten klar geworden, wie weit das Intestatrecht von Anfang an davon entfernt ist, „Familienerbrecht" zu sein.

Es kann nicht die Absicht sein, hier auf das einzelne bei der usucapio pro herede näher einzugehen, da ja nicht einmal auf das eigentliche Detail des Intestatrechtes selbst eingegangen werden konnte. Nur ihr Begriff und ihre allgemeine Stellung im Erbrecht sollte klargelegt werden. Aber gerade hierfür sind wenigstens einige Bemerkungen noch unerläßlich.

Hat die usucapio einer einzelnen Sache des Erblassers schon die Usukapion des Erbtums zur Folge? Oder ist noch ein weiteres nötig, damit der Usukapient pro herede usukapiert? Gajus selbst äußert sich darüber nicht genau; denn er spricht zuerst von einer Usukapion der rerum hereditariarum, während er bald darauf und an späteren Stellen immer von res und eam rem spricht. Nimmt man an, daß Gajus die pro herede Usukapion als bei der Usukapion einer einzelnen Sache des Erblassers eintretend bezeichnen will, so ist sein Bericht nicht

genau, d. h. er ist nur für eine spätere Zeit des jus civile genau, nicht für die älteste desselben. Dies folgt mit der unumstößlichsten Gewißheit schon aus den beiden Sakraltheorien, die uns Cicero vorträgt und die wir sub Nr. II und III näher betrachtet haben. Denn dort sagt ja Cicero mit ausdrücklichen Worten, die ältere Theorie habe die Verpflichtung zu den sacris übergehen lassen hereditate aut si *majorem partem* pecuniae capiat. Erst die jüngere Sakraltheorie läßt, wie Cicero daselbst bezeugt, schon mit der Usukapion einer einzelnen Sache, si ullam rem ceperit, die Verpflichtung zu den sacris eintreten. Der Usukapient muß also, nach der älteren Theorie, den größeren Teil des Vermögens des Toten usukapieren, um zu den sacris verpflichtet zu sein. Ein Erbcharakter ohne Verpflichtung zu den sacris ist aber vermöge der absoluten Identität beider nicht möglich (vgl. Nr. II), und so steht denn entschieden fest, daß zur Zeit der älteren Theorie die Usukapion bloß dann eine usucapio pro herede war, bloß dann das Erbtum übertrug und den Erbcharakter erzeugte, wenn sie den größeren Teil des Vermögens des Toten umfaßte. Es ist aber nur nötig, dies Resultat auszusprechen, um nun in völliger Evidenz hervortreten zu lassen, daß, was wir sub Nr. III über die Bedeutung dieser *major* pars des Vermögens und über den ideellen Grund, weshalb eine subsidiäre Verpflichtung zu den sacris durch diesen quantitativen Vermögenserwerb auferlegt werden kann, erörtert haben, nichts anderes ist als — so wenig wir dort auch, noch ehe das Intestatrecht entwickelt war, davon sprechen konnten — die entwickelte eigene Bedeutung der *usucapio pro herede.*

Der überwiegende quantitative Zusammenhang, zeigten wir dort, in welchem jemand die Sachen des Toten übernimmt, läßt durch diesen fortexistierenden Zusam-

menhang derselben den Widerschein der früheren Willensherrschaft auf den neuen Besitzer fallen und verpflichtet ihn dadurch subsidiär zu den sacris. Dieser in dem fortexistierenden Zusammenhang der Sachen gegebene Widerschein der früheren Willensherrschaft ist es also, welcher eine Einheit in der in Einzelnes auseinanderfallenden Sachenwelt selbst erzeugt, die vielen Sachen in den Begriff des (individuellen) Vermögens umsetzt, diesen erst erschafft und wirklich jene „Vermögenspersönlichkeit" erzeugt, die unsere Autoren für den Begriff des Erbrechtes halten, und die statt dessen nur das Subsidiäre des Subsidiären in ihm ist. .

Der Ruf also, welcher sich in der usucapio pro herede an jeden Vorübergehenden richtet, geht, wie wir schon oben sagten, dahin, dem Toten Fortsetzung zu geben durch die bloße Einlebung in sein Vermögen, Worte, die erst jetzt zur ganzen Durchsichtigkeit ihres Inhaltes gelangen; das heißt also: Die Bedingung bei der Usukapion ist eine rein faktische. Hat der erste beste Jemand, der den Toten fortsetzen will, kein Recht, hat er weder Testament, noch Intestatgesetz in seiner Hand, hat er keinerlei individuelle Beziehung zum Toten und nur die allgemeine Gemeinsamkeit des Volksgeistes zu ihm, nun so muß er sich, um der individuellen Willenssubjektivität des Toten Fortsetzung zu geben, wenigstens faktisch in diese Individualität hineinleben, indem er sich in das individuelle Vermögen derselben hineinlebt, indem er es leistet, die Sachen desselben in einem solchen Zusammenhange an sich zu bringen, daß durch die Fortexistenz dieses vom Toten begründeten Zusammenhanges der Widerschein seiner individuellen Willensherrschaft auf ihm weilt. Dies ist die faktische individuelle Fortsetzung des Usu-

kapienten, die bei ihm an die Stelle eines ihn berufenden Rechtes tritt, oder dies, dieses Sichhineinindividualisieren in den Toten, ist die Erfüllung der Bedingung, unter welcher die Berufung des individuellen Intestatwillens an ihn ergangen ist, oder die Erfüllung der Aufgabe individueller Fortsetzung, die an ihn gestellt ist. Es ist diese faktische Leistung der Sichhineinindividualisierurg in den Toten, die ihn von jedem anderen Volksindividuum und vom Usukapienten pro suo unterscheidet. Während der echte Erbe (der Testamentserbe) in der alten Zeit des jus civile nicht nur kein Vermögen braucht, um Erbe zu sein, nicht nur keines erhält, sondern auch, um seinen Begriff des Willensträgers rein zu betätigen, keines erhalten darf, ist es bei diesem subsidiarischsten Subsidiarerben gerade diese Leistung des Vermögenserwerbes, durch welche er sich dem Toten assimiliert und sich zum individualisierten Willensfortsetzer desselben, zum Erben macht. Dies ist also die Bedeutung der major pars, und es muß entschieden daran festgehalten werden und ist durch die Stelle des Cicero peremtorisch bewiesen, wenn auch merkwürdigerweise, soviel wir uns erinnern, stets übersehen, daß die älteste usucapio pro herede an die Usukapierung der major pars pecuniae gebunden ist.

Aber wie? Was wir in Nr. III von dieser major pars, von dem durch diesen fortexistierenden Zusammenhang des Vermögens entstehenden Widerschein der früheren Willensherrschaft gesagt und soeben wiederholt haben, was wir dort nur hingeworfen, hier aber erst in seinem tiefen organischen Zusammenhange entstanden und begründet gefunden und somit hier erst wahrhaft bewiesen haben, das behaupteten wir in Nr. III ja geradezu als das subsidiäre unterscheidende Prinzip des prätorischen Rechtes der bonorum possessio. Und hier finden wir es wieder im

ältesten Zivilrecht selbst und wollen es für solches ausgeben.

Aber mit dieser bloßen Frage fällt nun auch der letzte Schleier, der bisher das römische Erbrecht verhüllte, und dasselbe tritt nunmehr in seiner ganzen leuchtenden Einheit, in der ganzen blendenden Helle seiner begrifflichen und geschichtlichen Entwickelung hervor.

Ja, das jus civile selbst trägt in diesem subsidiären Intestatrecht, in diesem Subsidiären des Subsidiären bereits den Keim in sich, aus welchem sich das prätorische Erbrecht der bonorum possessio entwickelt hat, den Keim seines eigenen Verderbens. Und trüge es nicht selbst schon diesen Keim in sich, nie hätte das prätorische Erbrecht entstehen können. Dieser Keim des prätorischen Rechtes, das Dasein seines Prinzipes im *jus civile* — das ist eben jene letzte subsidiäre Abstufung desselben, die zivilistische usucapio pro herede! Und wäre hier noch von einem einzelnen Beweise zu reden, wo alles Beweis ist, so würde er darin liegen, daß die römischen Juristen selbst den prätorischen bonorum possessor zu den Usukapienten pro herede rechnen [1]) und also die Einheit des zivilistischen und prätorischen Erbprinzipes in ihm hier auch äußerlich hervortritt.

Die zivilistische usucapio pro herede trägt schon in ihrer äußeren Erscheinung als ein bona possidere des Toten so sehr ihre genetische Verknüpfung mit der bonorum possessio in sinnlich handgreiflichen Zügen auf die Stirn geschrieben, daß schon bisher das Dasein eines solchen Zusammenhanges nicht unbemerkt bleiben konnte, und die verschiedensten Vermutungen darüber aufgestellt worden sind.

---

1) Ulpian, L. 11 de H. P. (5, 3): „Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere."

Savigny in seiner ersten Abhandlung über das Interdictum quor. bonor.[1]) denkt sich denselben also: Bei der Einführung des prätorischen bonorum possessio sei es der Zweck gewesen, gewisse Personen, die nicht Erben waren, namentlich die Emanzipierten, doch praktisch den Erben gleichzustellen, sowohl hinsichts der Obligationen wie des Eigentums. Für erstere sei dieser Zweck einfach dadurch erreicht worden, daß der Prätor diesen Personen utilis actio für jede einzelne Schuldklage gegeben habe. Für das Eigentum aber habe sich der Prätor eben an die usucapio pro herede angelehnt. Da diese den vom Prätor begünstigten Personen ebensogut zugestanden, wie jedem anderen, hätten nicht andere Personen schon vor ihnen sich in den Besitz der Sachen gesetzt, so hätte es für sie eines besonderen Rechtsmittels gar nicht bedurft[2]). Hätte aber ein anderer schon zu usukapieren angefangen gehabt, so sei nun freilich eine Rechtshilfe notwendig gewesen, indem der Prätor durch das Interdikt diese anderen zwang, die Sachen herauszugeben, und den von ihm begünstigten Personen dadurch die Möglichkeit verschaffte, die usucapio pro herede vornehmen zu können. Später, nach Einführung des bonitarischen Eigentums, habe man dies natürlich dem bonorum possessor sogleich nach Erteilung der bonorum possessio zugestanden, und nachdem man sich so mehr und mehr daran gewöhnt habe, die bonorum possessio als ein der hereditas gleichartiges Recht anzusehen, habe man auch die eigentümlichen Rechtsmittel derselben auf sie angewendet; so sei auch bei ihr die successio in universum jus, namentlich die possessoria hereditatis petitio allmählich entstanden.

---

[1]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, V, 14 fg.

[2]) Insofern wären sie ja aber auch gar nicht prätorische Erben gewesen!

Es wäre überflüssig, die einzelnen Irrtümer und Unmöglichkeiten, welche diese Ansicht enthält, bloßzulegen.

Der wesentlichste Irrtum derselben, den auch die ihr entgegentretenden Juristen übersehen, ist der, daß überhaupt durch sie gar nichts erklärt, sondern das zu Erklärende einfach vorausgesetzt wird. Wenn einmal vorausgesetzt wird, daß der Prätor gewisse Personen „begünstigen" und den Erben praktisch gleichstellen wollte und konnte, nun so ist das Prinzip des prätorischen Erbrechtes ja schon da, ist schon selbst als bestehend vorausgesetzt, und von einer Genesis desselben aus der usucapio pro herede keine Rede! Wird anderen Personen, die zu usukapieren angefangen haben, dies zivilistische Recht zugunsten jener Personen, die der Prätor eben den Erben gleichstellen will, durch das Interdikt entzogen, nun so ist ja eben das prätorische Erbrechtsprinzip schon fix und fertig unterstellt und nicht als aus der usucapio pro herede entstanden genetisch erklärt, vielmehr ist es sogar gegen dies zivilistische Recht ins Leben getreten. Und auf Grund welcher Befugnis? Auf Grund der anderen prätorischen Rechtsidee! Aber deren Entstehung zu erklären, darum handelte es sich ja eben! Wird sie einmal als vorhanden angenommen, so können die einzelnen Manoeuvres, die sie zu ihrer Ausführung gebraucht, an und für sich schon nur ein ganz sekundäres Interesse haben. Übrigens ist evident, daß auch im einzelnen nichts auf diese Weise entstanden sein kann. Ist die Idee eines prätorischen Erbrechtes einmal da, so ist die successio in universum jus und die possessoria hereditatis petitio des prätorischen Erben ja schon ganz gegeben und kann nicht erst später entstehen.

Anders denkt sich Huschke jenen Zusammenhang. Er versucht eine Erklärung dieser Genesis der prätorischen

bonorum possessio aus der zivilen usucapio pro herede — in den Worten. In der Sache verfällt er ganz in denselben Zirkel, das prätorische Prinzip, statt seine Genesis zu erklären, als schon vorhanden vorauszusetzen, und in noch substantiellere Unrichtigkeiten. Er denkt sich die Einführung der bonorum possessio also[1]:

Die usucapio pro herede habe mit der Zeit einen unwürdigen und gehässigen Charakter angenommen. Früher sei sie eine pia et honesta gewesen, die besonders nur von dem Erblasser nahestehenden Personen (! die pure Voraussetzung, die gegen den ganzen ausdrücklichen Inhalt dieses Rechtes angeht!) in Anwendung gebracht worden sei, welche ihr Gewissen zu einer solchen schleunigen Besitzergreifung getrieben, damit nämlich bald Götter und Menschen befriedigt würden (vgl. hierüber oben S. 622, Note 1); da später aber die Gewinnsucht sich über Religion und Ehrenhaftigkeit erhoben hätte, so sei sie dadurch zu einer improba et lucrativa geworden. Hierdurch sei es sehr gewöhnlich geworden, daß der Nachlaß den würdigsten Kompetenten (wer waren diese?) entzogen und so sehr zersplittert sei, daß die einheitliche Idee der bona darüber fast verloren gegangen und auch der ursprüngliche Zweck, für Götter und Kreditoren einen baldigen Nachfolger zu liefern, ganz verfehlt worden sei. Dieser Zustand der Dinge habe den Prätor zu einer Intervention auffordern müssen, und so habe er denn in den Edikten über bonorum possessio ursprünglich nur seine Hilfe für das schon längst bestandene bona possidere angeboten, wobei ihn vorzüglich der zwiefache Gesichtspunkt geleitet, einmal, daß die einheitliche Natur der bona (!) festgehalten, und zweitens,

---

[1]) Siehe seine Rezension der Schrift von Fabricius in Richters Krit. Jahrbüchern, 1839, S. 11 fg.

daß beim Streite der Kompetenten über die Erbschaft nur die Würdigsten zu der vom Prätor autorisierten Besitznahme zugelassen würden. Zugleich habe er auch, da alles darauf angekommen sei, dem Erbvermögen recht bald einen faktischen Vorsteher zu geben (!)[1], die Anerbietung der bonorum possessio auf eine gewisse Zeit beschränkt und nach deren Ablauf den nächsten würdigen Kompetenten berufen (successorium edictum) usw.

Wir haben dieses Referat von Huschkes Ansicht mit den Worten Vangerows gegeben[2], der darin einen „geistreichen Einfall" sieht, ihm aber selbst die Unmöglichkeit entgegenhält, daß aus dieser „prätorischen Besitzeinweisung zum Zweck der usucapio pro herede" sich ein gesamtes abgerundetes Erbrechtssystem habe entwickeln und überdies noch eine so eigentümliche (es allmählich verschlingende) Stellung zum Zivilerbrecht habe einnehmen können, weshalb er Savigny und Huschke gegenüber — und soweit mit vollem Recht — bei der im ganzen

---

[1]) Das „Vermögen" ist bei Huschke ein wahres Götzenbild für den Römer, in dessen Dienst er sich unablässig schindet und aufopfert. Dies selbstlose Ding, diese bloße Sache, die das Subjekt genießt, will einen „faktischen Vorsteher" haben, einen, der es bedingt (vgl. oben 25—35; S. 589, Note 1), will eine „einheitliche Natur" und eine „einheitliche Idee" haben, wehrt sich gegen Zersplitterung, wehrt sich auch gegen den ersten besten, dem die usucapio es doch unterwirft, und will einen haben, der seiner „würdig" sei, und der Römer hat nichts zu tun, als nicht nur alle Verhältnisse der Vernunft überhaupt umzukehren, sondern auch alle Sätze seines eigenen jus civile, seines eigenen historischen Geistes, in Stücke zu schlagen, um nur die tyrannischen Launen dieses Quälgeistes zu befriedigen! — Ist es die Philosophie oder die positive Jurisprudenz, die sich in Abstraktionen ergeht?

[2]) Pandekten, II, 13 (Marburg 1852).

herrschenden Ansicht von Fabricius[1]) stehen bleiben zu wollen erklärt, nach welcher die bonorum possessio ursprünglich aus einer vorläufigen Besitzeinweisung zum Zwecke eines gerichtlichen Erbschaftsstreites hervorgegangen sei.

Wir unsererseits vermögen auch das „Geistreiche" in dem Einfall keineswegs zu finden.

Vor allem ist ja wieder die vollkommen leere, tautologische petitio principii dieser angeblich genetischen Erklärung völlig evident! Nach welchem Prinzip bestimmt denn der Prätor die „würdigsten Kompetenten" zur Usukapion? Usukapieren heißt Ersitzen. Wer ist zum Ersitzen der „Würdigste"? Wer sich zuerst auf die Sache setzt. Das zeigt die Vernunft, und ganz besonders das römische Zivilrecht.

Wenn der Prätor statt dessen schon irgendein anderes Prinzip in der Hand hat, sei es welches es wolle, welches die „würdigsten Kompetenten" und die „nächst Würdigsten" bestimmt, so hat er eben schon das fix und fertige Prinzip des prätorischen Erbrechtes von vornherein in der Hand, und es braucht und kann dasselbe nicht mehr aus der usucapio pro herede allmählich entstehen. Das Prinzip, welches bestimmt, welche Personen mit Ausschluß anderer die würdigsten sind, das Vermögen eines Toten an sich zu nehmen, pflegt man eben gemeinhin — wie der „geistreiche Einfall" übersieht — Erbrecht zu nennen! Nicht nur das Prinzip des prätorischen Erbrechtes ist dann gar nicht aus der usucapio pro herede entstanden, sondern bleibt vor wie nach, man weiß nicht woher geflogen, und der Prätor kann dafür die

---

[1]) Historische Forschungen im Gebiete des römischen Privatrechtes, Heft 1 (Berlin 1837).

usucapio pro herede auch gar nicht mehr benutzen. Denn wenn er den Besitz des Toten erteilt nach einem die Würdigsten bestimmenden Prinzip, so erteilt er eben gar nicht mehr Usukapion, so wenig pro herede wie pro suo, sondern eigenes, selbständiges Erbrecht, nur freilich nicht zivilistisches, sondern prätorisches. Und freilich ist dies eben die Wahrheit, daß er dies erteilt; aber dies ist eben das Gegenteil der in Rede stehenden Ansicht, und aus ihr heraus niemals zu begreifen. Und ebensowenig könnte die usucapio pro herede, die ja nur eintritt, solange die Testaments- und Intestaterben nicht antreten, dies prätorische Prinzip jemals befähigen, die zivilrechtlichen Erben selbst zu verdrängen.

Es ist hiernach überflüssig, die weiteren Gegenteile des Wahren noch näher zu entwickeln, die in der obigen Ansicht enthalten sind, und die bei Huschke um so natürlicher sind, als er überhaupt einfach die usucapio pro herede für „einen Irrtum der Alten" hält[1]).

Durch die erwähnten Erklärungen ist also das prätorische Erbrecht nicht nur nicht aus der usucapio pro herede abgeleitet, sondern das prätorische Erbrecht bleibt überhaupt unerklärt. Es bleibt, was es war, prätorische Willkür, prätorisches Besserwissen, prätorische Eigenmächtigkeit gegen das jus civile!

Es mag sein, daß Niebuhr kein Jurist ist. Es ist auch wahr, daß die Erklärung, die er seinerseits von der Entstehung der prätorischen bonorum possessio gibt — daß sie nämlich aus dem Besitz des ager publicus hervorgegangen sei[2]) —, eine äußerst verunglückte und wirklich unjuristisch zu nennende ist. Aber die Antwort, die er

[1]) Studien des römischen Rechtes, I, 237.

[2]) Niebuhr, Römische Geschichte, II, 173 fg.

dabei den Juristen gibt: „Eine Magistratur, die es sich hätte anmaßen dürfen, ein Erbrecht einzuführen, wodurch das gesetzlich bestehende untergraben werden sollte, ist eine Monstrosität, welche kein verständiger Mann, sobald er sich die Sache verwirklicht denkt, für möglich halten kann," ist niemals von ihnen widerlegt worden, und trifft alle ihre Erklärungsversuche gleichmäßig.

Die wahrhafte genetische Entwickelung des prätorischen Erbrechtes aus der usucapio pro herede ist nun aber aus dem Obigen bereits evident. Das jus civile trägt von Anfang an, zwar nur als seine äußerste versteckte Falte, als seine subsidiärste Abstufung des Subsidiären, diesen Entwickelungskeim des zivilistischen Verderbens in sich, aber es trägt ihn bereits in sich selber. Wie er zum Vorschein kommt, wie er sich entfaltet und allmählich das zivilistische Erbrecht selbst verdrängt, — diese ganze Entwickelung ist schon gegeben, wenn man von hier aus das nachliest, was wir in Nr. III über die Entwickelung der jüngeren Sakraltheorie aus der älteren nachgewiesen haben. Es ist absolut derselbe Prozeß, derselbe Gedankengang, wenn wir auch dort seine Tragweite noch nicht entfalten konnten. Es ist das Schicksal des gesamten jus civile, das wir dort in dem inneren Verhältnis der beiden Sakraltheorien zueinander nachgewiesen haben. Das Subsidiäre, welches im zivilistischen Recht als Subsidiäres enthalten ist, tritt zunächst als selbständiges, aber noch untergeordnetes, als ein noch subsidiäres, aber, als außerhalb des jus civile befindlich, ihm koordiniertes Recht neben das zivilistische Recht, und nachdem es dies Nebeneinander mit dem zivilistischen Recht erlangt hat, hat es dasselbe an sich schon aufgehoben und setzt sich allmählich an die Stelle desselben. Wir haben bereits (S. 630 fg.) hervorgehoben, wie in dieser seiner subsidiär-

sten Falte das Prinzip des zivilen Erbrechtes an sich in sein absolutes Gegenteil umgeschlagen ist. Wenn der Begriff des echten zivilistischen Erbtums die subjektive Willensunsterblichkeit ist, die nicht nur mit der Vermögensübertragung nichts zu tun hat, sondern durchaus negativ gegen diese ist, so daß der echte und wahre Erbe nur der vermögenslose enterbte Willensträger, dieser Triumph des Erblassers, ist, so ist mit dem äußerst-Subsidiarischen der usucapio pro herede ein Erbtum eingetreten, welches sich gerade nur durch den Vermögenserwerb erzeugt. Der Erbe hat hier nicht die Willenssubjektivität des Toten übertragen bekommen und beherrscht in sekundärer Folge davon dessen Vermögen, sondern gerade nur durch das Vermögen lebt er sich hinein in dessen Willen, wie wir gesehen haben und wie überdies durch die von der Sache ausgehende Usukapion unter allen Umständen evident ist. Es ist somit ein anderes und entgegengesetztes Erbrechtsprinzip, das Erbrecht als Vermögenserwerb, welches als subsidiärste Abstufung im jus civile selbst an sich enthalten ist. Dieses Prinzip gesetzt als das, als was es so im jus civile bereits an sich vorhanden ist: als ein zwar anderes und selbständiges, dem zivilen Erbrecht aber noch subsidiäres, besonderes Erbrechtsprinzip, das Erbrecht als Vermögenserwerb — dies ist das prätorische Erbrecht!

Genau so, wie es sich hier durch die notwendige Konsequenz des Begriffes bestimmt und entwickelt hat, tritt es in der Geschichte auf. Als ein anderes und besonderes Erbrecht; denn so tritt es als prätorisches neben das zivilistische hin, und steht auch dem zivilistischen Erben als ein von seinem zivilistischen Erbrecht getrenntes und verschiedenes zu, läßt ihm die Wahl zwischen diesem neuen bloßen Vermögenserbrecht, der bonorum pos-

sessio, und seinem zivilistischen Rechte, und umfaßt testamentarisches und Intestaterbrecht, wenn es auch ursprünglich, wie dem Gedanken nach, so auch historisch, von letzterem ausgegangen ist. Aber gerade in diesem nachgiebigen Anschmiegen an den zivilistischen Erben, gerade darin, daß es ihm erlaubt, trotzdem er ein solcher ist, auch bloße bonorum possessio zu agnoszieren, zeigt es, daß es nun ein besonderes Erbrecht ist, das Erbrecht als bloßer Vermögenserwerb, welches unabhängig von jenem ist und seinen inneren, noch verhüllten Antagonismus wird entfalten müssen. Als ein bloß Subsidiäres des jus civile tritt es neben dasselbe. Denn selbst noch bis zu Gajus' Zeit gilt der Satz[1]), daß der zivilistische Erbe dem bonorum possessor die Erbschaft abrufen kann und dieser sie nur behält, si nemo sit alius jure civili heres. Statt in einen Konflikt mit dem Zivilrecht zu treten, erfaßt es sich zunächst als ein Recht supplendi juris civilis gratia. Die successio in universum jus defuncti, die possessoria hereditatis petitio bringt es von Haus aus mit aus seinem mütterlichen Erdreich, und muß sie mitbringen. Denn es ist Erbrecht, nur Erbrecht auf dem bloßen Standpunkt des Güterbesitzes, Erbrecht aufgefaßt als Vermögenserwerb. Es ist darum alles in ihm, was in dem zivilistischen Erbrecht ist, alles spiegelt sich in ihm wider, alles kommt in ihm wieder zum Vorschein, nur entleert von dem zivilistischen Begriff der Willensfortexistenz, entleert von dem, was in dem zivilistischen Recht das Zivilistische ist. Wird daher gefragt, wer die Erbberechtigten auf diesem Boden sein können, so ist zunächst die Antwort, daß dies natürlich ja wiederum nur die Erbberechtigten des jus civile sein können! Nicht die Erbbe-

---

[1]) Gajus, II, § 149.

rechtigung, sondern nur der Boden ist geändert, auf welchem sich dieselbe bewegt. Auf diesem neuen Boden rollt sich daher noch einmal sachgemäß das ganze System des Zivilrechtes mit seinen Unterschieden auf. Daher das häufig von den Autoren bemerkte ängstliche Anklammern der bonorum possessio an das System der Zivilerbschaft, daher die „so sichtbar hervortretende Berücksichtigung der Agnaten und in gewisser Weise selbst der Suität"[1]). Nur daß sich auf diesem Boden, der von vornherein die Abstraktion vom zivilistischen Recht, das Hinwegsehen vom Begriff des spezifisch-römischen historischen Volksgeistes ist, sich nichts in ausschließender Geltung erhalten kann, was nur durch den Begriff dieses spezifischen historischen Volksgeistes gegeben ist, so daß hier nun das allgemein Menschliche hervorbricht, zunächst hinter jenem besteht und dann, es nach seiner eigenen Reihenfolge gliedernd, es allmählich aufhebt. Daher also auch wieder das relativ Wahre in der Meinung derjenigen Autoren[2]), welche die bonorum possessio auf das jus gentium basieren, annehmend, daß sie aus dem Edikt des praetor peregrinus in dasjenige des praetor urbanus hinübergewandert sei. Sie ist nicht so gewandert und nicht so entstanden. Aber als Abstraktion von dem im jus civile waltenden spezifisch-römischen Geistesbegriff, bewegt sie sich dem Prinzip nach von vornherein auf dem Boden des jus gentium, bis sie sich auch in realster Wirklichkeit, ihre unvermeidlichen Gedankenkonsequenzen ziehend und sich an die Stelle des Zivilrechtes setzend, sich immer mehr zu einem jus gentium abreibt. Beide Ansichten der Autoren, die sich als entgegenstehende bekämpfen, haben sich so

[1]) Fabricius, a. a. O., S. 7 fg.; Löhr in seinem und Grollmanns Magazin, III, 250 fg.; Vangerow, Pandekten, II, 14.

[2]) Siehe oben S. 94, Note 1.

von selbst in die Einheit jenes begrifflichen Verhältnisses aufgelöst.

Zugleich zeigt sich hier, daß auch das, was wir sub Nr. V über die bonorum possessio sagten, zwar richtig, aber noch abstrakt und einseitig war. Wir konnten dort nur die Seite des Gegensatzes zwischen der bonorum possessio und dem zivilen Erbrecht hervorheben. Die Seite, nach welcher sie an sich in ihm enthalten ist, aus ihm entsteht und die sie mit ihm gemeinsam hat, konnten wir dort noch nicht darlegen. Auch eine Vorausweisung hätte nichts genützt und nichts deutlich gemacht. Alles Wahre entsteht nur schrittweise. Wohl aber gewinnen erst von hier aus die häufigen Bemerkungen ihr wahres begriffliches Verständnis, in welchen wir oft auch in Einzelheiten den Gegensatz wie die gemeinschaftliche Seite beider Institute — den Widerschein des zivilistischen Prinzipes in der bonorum possessio — klar zu legen suchten[1]). Wohl aber gewinnt jetzt ihr ganzes Verständnis jene gedoppelte Bewegung, die wir vor kurzem (S. 522, Note 1) als die Bewegung des römischen Rechtes geschildert haben. Der Satz: Sacra cum pecunia stellt bereits eine gedoppelte Bewegung dar: die Bewegung, daß der Übergang der sacra, oder das Erbtum, das Vermögen nach sich ziehen solle, und die Bewegung, daß das Vermögen den Übergang der sacra oder das Erbtum in sich schließe. Beides sind somit nur zwei Seiten des einen ihnen zugrunde liegenden Begriffes, daß das Erbtum im Vermögenserwerb bestehe, einen Begriff, welchen das jus civile in jener äußersten sub-

[1]) Vgl. z. B. oben S. 65—69 u. S. 74—81 mit S. 131, Note 1; S. 157; S. 219, Note 1; S. 319, Note 1; S. 328, Note 1; S. 370 fg.; S. 395, Note 3; S. 415; S. 421, Note 2; S. 498; S. 545, Note 1; S. 548, Note 1; S. 576 fg., 629 fg., 649 fg., und besonders S. 670 fg., 709—724.

sidiarischen Falte, in der usucapio pro herede, im Keime schon in sich trägt. Dieser Keim beginnt nun seine gedoppelte Bewegung, nach jenen beiden Seiten hin. Er beginnt sie, indem er sich als das, was er ist, als das andere und von dem zivilistischen Prinzip verschiedene Prinzip des Erbtums als Vermögenserwerbes im prätorischen Recht heraussetzt, und er beginnt sie, indem er im Zivilrecht selbst die Verbindung des Vermögens mit dem Erbtum, die Übertragung der pecunia mit der Übertragung der sacra erzwingen will. Wie die erstere Bewegung zum Teil schon sub Nr. III, so haben wir diese zweite Bewegung schon in der Bewegung, welche die lex Furia, Voconia, Falcidia darstellt, sub Nr. VII betrachtet und auf ihre Einheit häufig hingewiesen. Schon die lex Furia, Voconia, Falcidia, ist also das Dasein und die Bewegung des prätorischen Prinzipes im jus civile. Und so haben wir sie ja schon dort, wo uns die volle Erkenntnis des prätorischen Rechtes noch fehlte, als die Abreibung des erblasserischen Willens an dem widerstrebenden erbenden Willen, der in diesem Gegensatze zu seinem Interesse und zu seiner Substanz das Vermögen hat, als die Abreibung jenes idealistischen römischen Erbtums sich vollziehen sehen. Diese letztere Bewegung des prätorischen Prinzipes innerhalb des jus civile, oder des jus civile zum prätorischen Prinzip des Vermögens hin bringt es aber nicht sehr weit. Sie bleibt bei dem Viertel der lex Falcidia stehen. Sie braucht es aber auch nicht weiter zu bringen, weil nun inzwischen infolge der ersten Bewegung das als besonderes prätorisches Recht aus sich herausgesetzte Prinzip des Erbtums als Vermögenserwerb stark und entwickelt genug geworden ist, um nun von außen in das jus civile einzubrechen, es zu modifizieren und dann zu verschlingen.

So haben wir denn gesehen, wie der letzte Verderb des

zivilistischen Prinzipes, wie Justinian selbst und seine Einführung der Erbschaft sub beneficio inventarii, durch welche der Erbe den Vermögenserwerb als das Substantielle und Alleinige seines Verhältnisses zum Erblasser proklamiert (L. 22, C. 6, 30, vgl. unten S. 749 fg.), an sich schon im ältesten Zivilrecht enthalten ist. Justinian liegt ganz und gar schon im alten Zivilrecht, wie im Kinde der Greis liegt.

Zugleich sahen wir, wie es gerade das Extrem seines spezifischen historischen Geistesbegriffes ist, wie es gerade jener Überschrei nach einem Willensfortsetzer ist, den das fortsetzungssüchtige Wesen des römischen Toten zuletzt an jeden Vorübergehenden ausstößt, welcher dieses Prinzip zwingt, in sein Gegenteil umzuschlagen, sich zum Vermögensbegriff zu entwickeln und in schrittweiser ununterbrochener Kontinuität jene geschichtliche Abreibungs- und Entnationalisierungsarbeit an sich zu vollziehen, die erst mit Justinian endet.

Warum aber schreit dies fortsetzungssüchtige Wesen des römischen Toten gar so sehr?

Zwar ist die Antwort hierauf dies ganze Werk. Aber den geistigen Urgrund, aus welchem dieser Schrei herauftönt, werden wir noch tiefer erst in der folgenden Nummer, die sich scheinbar von dem erbrechtlichen Thema ganz abwendet, betrachten.

Haben wir den Greis im Kinde erkannt, so hilft nichts, wir müssen das Kind jetzt in seinem Embryo aufsuchen.

BEILAGE ZU S. 520.

Sehr richtig beginnt Huschke seinen Aufsatz über die Rechtsregel „Nemo pro parte testatus etc.", im Rhein. Museum, 1834, VI, 257—369, mit der Bemerkung: „Als einer der überzeugendsten Beweise, wie wenig wir noch nach so vielen Anstrengungen der tieferen Grundlagen des römischen Rechtes mächtig geworden sind, kann wohl die Erscheinung gelten, daß es bis jetzt nicht hat gelingen wollen, den Fundamentalsatz des römischen Erbrechtes, nämlich die Rechtsregel nemo etc., seinem Sinne und Ursprunge nach zu erklären."

Allein Huschke ist dies, so sehr sein — ihm mit Gans gemeinsames — Streben das richtige ist, diese Erklärung aus dem Innern des römischen Erbrechtes abzuleiten, ebensowenig gelungen. Es ist dies derselbe Aufsatz Huschkes, den wir schon S. 27, Note 2, angezogen und in welchem er das Wesen der Erbschaft überhaupt ausführlich zu eruieren sucht. Dieser Aufsatz ist eine der größten und anerkennenswertesten Zermarterungen des denkenden Verstandes, dem Begriff ohne begriffliches Denken nahe zu kommen — und muß daher das ewige Schicksal der angestrengtesten Verstandesreflexion teilen, ihn, gerade immer da, wo sie sich ihm am meisten genähert zu haben scheint, wieder am vollständigsten zu verfehlen und einen Schatten zu umarmen. Wegen dieses gedoppelten Interesses, welches jetzt der Aufsatz Huschkes gewähren muß, zu zeigen, wie sich das Ahnen des Begriffes durch ihn hindurchzieht, und wie er denselben bei jedem Punkte wegen der empirischen Verstandesvorstellung, von der er ausgeht, immer wieder gänzlich verfehlen muß, wegen der hohen Wichtigkeit, welche dieser Aufsatz für die Charakterisierung der Ver-

standesmethode überhaupt hat, mag es gestattet sein, so weit die Rücksicht auf den Raum es irgend erlaubt, denselben einer eingehenden kritischen Betrachtung zu unterwerfen.

Warum Huschke die Bedeutung der Regel: Nemo pro parte etc. nicht eruieren kann, davon ist der Grund bei ihm selbst sehr deutlich ausgesprochen. „Um der Bedeutung der Regel nemo pro parte etc." — beginnt er S. 271 — „auf den Grund zu sehen, bedarf es der Erkenntnis dreier Stücke: was eigentlich Erbschaft und Vererbung (hereditas) sei, worin das Wesen der Testaments- und Intestaterbfolge bestehe und wie sich diese gegenseitig zueinander verhalten." Und nun gibt er sofort den Begriff der Erbschaft dahin an: „Erbschaft ist nicht bloß die Menge von Sachen, nicht bloß der Erwerb vieler solcher Sachen, welche durch den Tod ihren Eigentümer verloren haben; im Wesen der Erbschaft liegt vielmehr eine Beziehung auf die Einheit jener Menge von Sachen in der Person des Verstorbenen, welche wichtiger ist als die einzelnen Sachen selbst."

Somit ist wieder von vornherein die Einheit der Menge von Sachen, d. h. das Vermögen, als Substanz des Erbtums gesetzt; es ist in der Weise von Gans unterschieden zwischen den einzelnen Sachen und ihrer Einheit, welche eben den Begriff der Totalität des Vermögens bildet. Aber das Vermögen ist hier, trotz des halben Ankämpfens dagegen, welches in jenen Worten schon unterläuft, von vornherein als Begriff und Objekt der Erbschaft gesetzt, und auf diesem Boden können selbst gute Blicke nur unfruchtbar bleiben. Das Persönliche und Sachliche der Erbschaft kämpfen daher bei Huschke einen beständigen, sich abmarternden und in den Worten hin und her wogenden Kampf.

Zu einer Einheit können diese Widersprüche nicht kommen, außer wiederum im Worte, in dem sich widersprechenden Wortkompositum „vermögensrechtliche Persönlichkeit" (s. oben S. 27 fg.). Es ist die ewige Manier des Verstandes, die außer Hegel schon Humboldt mit so schöner Ironie geschildert hat (Kosmos, I, 17): „Aus unvollständigen Beobachtungen und noch unvollständigeren Induktionen entstehen irrige Ansichten von dem Wesen der Naturkräfte, Ansichten, die, durch bedeutsame Sprachformen gleichsam

verkörpert und erstarrt, sich wie ein Gemeingut der Phantasie durch alle Klassen einer Nation verbreiten." Wie bei den Naturphänomenen, ist es auch bei den Phänomenen des Geistes, und die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" ist eine solche „bedeutsame Sprachform", welche sich durch die ganze Klasse der Juristen verbreitet hat, ein Gemeingut der juristischen Phantasie geworden ist! Der alte ehrliche Hugo Grotius sagte uns oben (S. 24) noch kurz und gut: Heres *personam* defuncti *in bonis* refert. Damit waren doch die Person des Toten und die Güter noch als andere gegeneinander stehen geblieben, und es trat hier schon in den Worten deutlich genug heraus, daß trotz jenes personam referre das Persönliche untergegangen, und das Vermögen die Substanz der Erbschaft geworden war, wie wir das in Nr. I ausführlich nachgewiesen. Aber eben das, obwohl es nicht in der Sache geändert wird, soll jetzt in den Worten vermieden werden. Die Ahnung dieses Untergegangenseins des Persönlichen im Vermögen, trotz aller Versicherung, daß es noch da sei, das theoretische Bedürfnis nach einer Einheit des Widersprechenden, dessen Widerspruch sich der Verstand doch wieder nicht verbergen kann, erzeugt den buhlenden Ausdruck „vermögensrechtliche Persönlichkeit", um durch diese Wortzusammenkoppelung des Widersprechenden den Schein zu erregen, als ob beides geeint, und das Persönliche noch im Vermögen enthalten sei.

Diese „bedeutsame Sprachform" der „vermögensrechtlichen Persönlichkeit" ist vor allem der Standpunkt Huschkes; er kehrt bei ihm auf jeder Zeile wieder, er hat ihn am meisten zu den anderen Autoren verbreitet; er hat ihn mit einer Reihe ähnlicher „bedeutsamen Sprachformen" umgeben, er kennt ein „Vermögensleben" des scheidenden Testators (das. S. 276), wobei also wahrscheinlich nicht das Vermögen das Tote und die Materie ist, von der der Testator gelebt hat, sondern in irgendeiner Weise mit im Leben lebendig ist. Er definiert die familia als die „Vermögensfreiheit", wobei also nicht die Freiheit die Freiheit und das Vermögen der Gegensatz davon, das Unfreie, Sachliche ist, sondern in irgendwelcher Weise selbst an der Freiheit teil hat usw. „Denn immer, wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort usw."

Sehen wir also, was auf diesem Standpunkte der Wortberauschung geleistet werden kann.

Da Huschke, wie die bereits zitierten Sätze zeigen, von vornherein in „der Einheit der Menge von Sachen", also im Vermögen den Begriff der Erbschaft sieht, so kann, sagten wir, auch jede gute Bemerkung auf diesem Boden nur unfruchtbar bleiben und muß selbst wieder in substantiellen Irrtum umschlagen. Dies zeigt sich sofort.

Es wird gleich nach den vorher zitierten Worten die gute Bemerkung gemacht, daß hereditas „nach seiner Ableitung von herus so viel als Herrnschaft bedeutet, so daß also der Erbe nicht sowohl in die Sachen als in die Herrnschaft, die der Verstorbene über seine Sachen hatte, eintritt" (das. S. 272). Aber mit dieser etymologischen Annäherung an den Begriff ist derselbe ebenso wieder gänzlich verfehlt, denn es wird mit dieser Herrnschaft nicht die absolute Herrnschaft des Toten oder seine geistige Willenssubjektivität, sondern seine Herrnschaft über „seine Sachen", die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" gemeint, und es wird uns daher auch sofort (s. Note 24 das.) gesagt, daß es sich ebenso, wie mit der hereditas, mit der — gerade den spezifischen Unterschied zu dieser darstellenden — prätorischen bonorum possessio verhalte, weil beide eine successio in universum jus defuncti bilden, ein Prinzip, welches in der Tat auch noch mit der Nachfolge in das Vermögen als einer einheitlichen Totalität verträglich und deshalb auch der bon. poss. und der Erbschaft gemeinsam ist, oder vielmehr richtiger ein Prinzip, welches bei der Zivilerbschaft eine notwendige, natürliche und lebendige Folge des spekulativen Begriffes der fortexistierenden Willenssubjektivität, im prätorischen Recht aber nur der Schatten ist, welchen der Erbtumsbegriff des Zivilrechtes noch auf den von ihm abweichenden und gegen ihn reagierenden Standpunkt des Vermögens wirft, und daher, wie es hier nur als solcher Schatten entstanden, nur aus dem diesen Schatten werfenden jus civile zu begreifen ist. Dieses durch die Erbschaft übergehende universum jus wird daher unmittelbar darauf erklärt als des Toten „Vermögensfähigkeit als Realität gefaßt", wobei die Erbschaft trotz alles Zwanges der Worte und des Bestrebens, das Unvereinbare

zu einen, zu einer bloßen Sache geworden ist, und nun kann es daher nicht mehr wundernehmen, wenn dieser erste Teil der Untersuchung (S. 275) mit dem Eingeständnis schließt, es sei die hereditas „von der lebenden Person nur darin verschieden, daß sie die vermögensrechtliche Person von der wirklichen getrennt darstellt und als solche eine Sache bildet." Trotz aller Beiworte, die ihre Hauptworte, und aller Hauptworte, die ihre Beiworte verneinen, wird also zuletzt doch realiter in das Eingeständnis ausgebrochen, daß, was durch die Erbschaft übertragen werde, eine Sache sei, und Huschke hebt dies noch deutlicher hervor, indem er hinzufügt, bei Lebzeiten falle die Erbschaft noch mit der persönlichen Freiheit zusammen und werde dadurch gehindert, als Sache sich darzustellen, „mit dem Tode hört dieses Hindernis auf und das Vermögen zeigt sich als eine sächliche universitas". Abgesehen von dem wiederholten Eingeständnis, wie kann das Vermögen, ohne ein Hexenmeister zu sein, sich als etwas anderes zeigen, als es ist? Wie soll es sich als eine „sächliche universitas" zeigen können? Das Vermögen ist eine Menge einzelner Stücke, und kann sich daher auch nur so zeigen. Die universitas oder vielmehr der Schein der universitas, der in ihm entsteht, wird lediglich dadurch erzeugt, daß das Lebendige, nämlich die Willenssubjektivität, statt „das Hindernis" für die sächliche universitas zu sein, vielmehr ein noch weiter Lebendiges, im Erben als fortdauernd Gesetztes ist und durch seine ideelle Einheit, der jene Vielheit von Stücken unterworfen ist, in dieser den bloßen Schein einer universitas hervorbringt, wie im Leben. Bei keinem Volk „zeigt sich das Vermögen als eine sächliche universitas", weil es nichts ist als eine Menge einzelner zusammenhangloser Sachen. Bei den Römern zeigt es sich auch nicht als solches, sondern nur durch die fortbestehende Willenssubjektivität wird es in der Einheit ihrer Herrschaft zusammengehalten und hierdurch dieser Schein erregt, so daß die universitas auch bei ihnen nicht auf seiten des „Sächlichen" liegt und diesem zukommt, und nie würden die Römer bei der bonorum possessio eine universitas im Erbschaftsvermögen haben annehmen können, wenn dies nicht bei ihnen der ebenso natürliche als notwendige Widerschein und die Fortwir-

kung ihres spekulativen zivilistischen Erbtumsbegriffes noch in der prätorischen Reaktion des Vermögensstandpunktes gegen denselben gewesen wäre (vgl. oben S. 640—645).

Huschke konkludiert nun, daß man (S. 276) „die Vererbung geradezu als eine vermögensrechtliche Fortpflanzung der Familie (!!) bezeichnen könne", und gelangt so zu seinem Resultat, zum Unterschied der zwei Seiten, des persönlichen und des vermögensrechtlichen Daseins im Individuum, von denen aber merkwürdigerweise auch die letztere ebenso „lebendig" sein soll, wie das von ihr unterschiedene Persönliche. „Da aber das vermögensrechtliche Dasein nicht weniger lebendig ist als das persönliche, so ist auch die Vererbung nicht anders denkbar als so, daß in demselben Moment dieses vermögensrechtliche Dasein als solches gleich einem Samen sich trennt usw." Wie das von dem persönlichen als unterschieden und getrennt gesetzte vermögensrechtliche Dasein desselben dennoch gleichfalls ein lebendiges bleiben soll, ebenso gut wie das persönliche, wird stets ein unbegreifliches Geheimnis bleiben, das natürlich von Huschke ebensowenig begriffen wird, sondern an dem er sich in beständigem Sagen, Versichern und Herumwenden dieses Unmöglichen in den mühsamsten Wendungen rastlos zermartert, und an dessen Stelle er immer wieder ein Unlebendiges, Totes, einen bloßen Sachenkomplex in der Hand behält. Das Interesse dieser Anstrengung ist eben dies, daß in Huschke der Widerspruch seiner eigenen Auffassung, der Widerspruch der persönlich-lebendigen und der vermögenssachlichen Auffassung des Erbtums, zu einem inneren unklaren Gären und Ringen gekommen ist und sich in endlosen Bemühungen erschöpft, sich über sich selbst hinwegzusetzen. Huschke arbeitet sich daher (S. 276—279) jetzt ebenso resultatlos ab, den Unterschied von familia und hereditas festzusetzen. Statt zu sehen, daß beide eben nur den Begriff der Willensherrschaft haben und die familia, insofern auch Personen in sie einbegriffen sind, nur dieselbe Willensidentität als nebeneinander existierende darstellt, welche die hereditas als nacheinander setzt (siehe oben S. 503, Note 1), daß also beide nur denselben Begriff verwirklichen, die familia im Raum, die hereditas in der Zeit, wird die

hereditas als jene Seite des Verhältnisses bestimmt, welche „etwas Unlebendiges ist“ (S. 276), wogegen sich die familia also als das Lebendige des Verhältnisses bestimmt. Da beide so einen Unterschied haben sollen, der nicht stattfindet, können sie ihn nicht festhalten, und müssen vielmehr den Unterschied verletzen, der wirklich zwischen ihnen stattfindet. Es wird daher (S. 277) auch die familia als eine „vermögensrechtliche familia“ näher bestimmt — was bei ihr noch deutlicher unrichtig, da ja auch die Kinder in die familia, aber nicht in das Vermögensrecht fallen —, es wird immer vorausgesetzt (S. 278), daß der Erbe „in die familia des Erblassers eintritt“, während wir bereits beim Testament per aes et libram als hauptsächlich gesehen haben, daß er nicht in die familia des Erblassers eintritt oder aufgenommen wird, sondern diese in sich aufnimmt, und nun wird der Unterschied beider dahin festgestellt: „was vom Erblasser als familia hinterlassen wird, ist nach der Seite des Erben hin hereditas“, und nochmals hinzugefügt: „da nun die Möglichkeit der Zustimmung des Erben, ja des Erwerbes überhaupt immer voraussetzt, daß der Erblasser schon gestorben sei (wir haben im Gegenteil gesehen, daß dem Wesen der Sache nach, wie in der alten zivilistischen Testamentsform nur heraustritt, s. Nr. VIII, ursprünglich eine Hauptsache die ist, daß die Identifikation zwischen zwei lebenden Willen vor sich geht, daß die Zustimmung also schon bei Lebzeiten gegeben sei, solange jene Willenssubjektivität noch existiert), so muß die familia für ihn notwendig sich als hereditas gestalten.“ Abgesehen von der in der Parenthese berührten Unwahrheit der Sache, zumal für die ältere Zeit, wo jedes Moment der inhaltlichen Idee auch noch drastisch in der Form gesetzt ist, geben diese Sätze einen sehr guten logischen Sinn. Aber keinen anderen als eben den alten, daß, was der Erblasser als familia, d. h. nach Huschke als Gegenstand jener lebendigen Vermögensfreiheit hinterläßt, für den Erben eben nicht mehr ein solches Lebendige, sondern eine tote Sachengesamtheit, eine bloße Gegenständlichkeit sei. Dies ist es auch, was Huschke von Anfang an gesagt hat. Aber da Huschkes Bedeutung eben darin besteht, bei diesem Satze, in den er immer aufs neue zurückfällt, sich selbst nicht beruhigen zu können, werden wir gleich

sehen, wie er ihn bald wieder leugnen wird, um ihn sofort wieder zu setzen. Zuerst wiederholt er denselben Gedanken, den wir oben in jenen Worten konstatierten, nochmals sehr deutlich: „familia und hereditas sind also dieselbe Sache, und sind es auch nicht, je nachdem man die Sache ansieht. Sie sind dasselbe dem Objekte nach, sie sind verschieden der Richtung nach.“ Man kann nicht deutlicher sprechen. Das Objektive, Gegenständliche im Vermögen und in der Erbschaft ist dasselbe, die Sachen. Aber die Richtung, in der sie genommen werden, ist verschieden. Für den Erblasser selbst sollen sie zu seiner „Vermögensfreiheit“ gehören, und für ihn und in ihm also eine lebendige Seite haben; für den Erben dagegen eine „unlebendige“ tote Gegenständlichkeit darstellen. Huschke wiederholt das daher noch schärfer als bisher nochmals: „Das Objekt ist die Vermögensfreiheit des Erblassers; aber gleichwie die Gegenwart zugleich als die Vergangenheit beschließend und die Zukunft beginnend betrachtet werden muß, wie sie von der Zukunft nur als ein ihr zugeeignetes Moment betrachtet werden kann, dann aber doch ganz, d. h. auch mit ihrem der Vergangenheit zugewandten Momente in sie übergeht, und so dennoch ein lebendiger Übergang der Vergangenheit in die Zukunft stattfindet, so wird auch die vom Erblasser als familia hinterlassene Vermögensfreiheit vom Erben als hereditas begriffen.“ Und nachdem er so auf das nachdrücklichste und häufigste festgestellt, was gar keiner solchen Anstrengung bedurfte und ganz selbstredend ist, daß diese Sachengesamtheit, die in Wahrheit auch für den Erblasser niemals eine lebendige Bedeutung in sich hatte, jedenfalls für den Erben, zum Unterschiede von der Lebendigkeit der familia, nur als hereditas, als bloße Sachengesamtheit begriffen wird, fährt er unmittelbar, also ohne jede weitere Vermittelung und Begründung fort: „indem er sie aber als solche (als hereditas) ergreift, hat er sie zugleich als familia.“

Als wessen familia? Als familia des Toten? Das wäre die reine Hexerei! Wie kann der Erbe, für den, wie Huschke so ausdrücklich expliziert hat, jene familia nur wenn der Erblasser schon gestorben, nur als hereditas da sein soll, er, für den sich „die familia des Erblassers notwendig als here-

ditas gestalten muß," er, dessen Stellung zu den Sachen von Huschke genau und unterscheidend dahin bestimmt wird, daß er, was „vom Erblasser als familia hinterlassen" wird, seinerseits „als hereditas begreift", — wie kann er dadurch, daß er sie als solche hereditas im Unterschiede von der familia ergreift, sie als familia in der Hand haben? Dies ist Zauberei!

Huschke fährt fort: „Somit ist also auch hereditas nichts Unlebendiges" — aber zwei Seiten vorher (S. 276) hatten wir direkt gehört, daß diese gerade „etwas Unlebendiges" im Unterschied von der familia sei —, „sondern nur die unlebendigere, nach einer Wiederbelebung (sie ist also vorläufig tot) sich sehnende Seite dessen, was zugleich hinter sich (aber somit eben hinter sich, somit auch hier nach Huschke selbst als tot und vergangen) die lebendigere der familia hat."

Die Erbschaft, die als das Unlebendige des Vermögens im Gegensatz zu dem Lebendigen der familia bestimmt war, soll jetzt also aufhören — obgleich kein Mensch begreifen kann wieso, und Huschke nicht den geringsten Grund dafür angibt — das Unlebendige zu sein. Aber sie soll auch wieder nicht aufhören, soll nicht ein lebendiges, wie die familia sein. Sie wird daher zu einem „Unlebendigeren", wobei jedes Prinzip für das Quantitative dieses angeblichen Unterschiedes aufgegeben ist. Der Jurist wird in der Verlegenheit zum Poeten und leiht dem toten Vermögen das „Sehnen" nach einer „Wiederbelebung". Aber wenn sich die hereditas nach „Wiederbelebung sehnt", so ist ja auch hierdurch eingestanden, daß sie einstweilen nicht lebendig ist, sondern Sache geworden, totes Vermögen. Wenn es tot ist und wiederbelebt werden muß, so ist ja das Belebende nicht die familia des alten Herrn, sondern es kommt nur zum Leben in einem anderen, neuen Herrn, zu einem „Vermögensleben", wie sich Huschke deshalb auch S. 276 ausdrückt, — und so zeigt sich denn hier, daß Huschke, wenn er vorher den Erben das Vermögen, das er als hereditas ergreift, als familia in der Hand haben läßt, mit dieser familia nur die eigene Vermögensfreiheit des neuen Herrn meinen kann, — und das ist freilich ganz klar, daß, wenn man sich einmal auf solche wirre, begriffswidrige Vorstellungen einlassen will, man sagen kann, daß jedes Vermögen

in seinem Herrn Lebendigkeit habe. Aber somit ist, was der Tote hinterlassen hat, erst recht als tote Sache gesetzt, die nur wieder einmal an dem Leben eines anderen Herrn teilnimmt, was mit der familia des Erblassers nichts zu tun hat, diese tot läßt und gar nicht das Verhältnis der Sachen als Erbschaft, sondern höchstens als Eigentum betrifft. Und darum fährt Huschke fort: „Und dieses sagt auch der Ausdruck hereditas, welcher, genau genommen, die den Herrn erwartende Vermögensfreiheit bezeichnet, also auf die Zukunft hinzielt." Der Ausdruck hereditas besagt nun zwar nicht das geringste von „Erwartung". Aber abgesehen davon, wenn dies das Resultat sein sollte, daß die hereditas gegenwärtig unlebendiges Vermögen, toter Sachenkomplex ist und später wieder einmal von einem Lebendigen, von einem Herrn besessen und zusammengerüttelt werden wird, — um zu diesem trockenen Satze und diesem das Vermögen nach wie vor zur Substanz machenden Resultat zu gelangen, dazu bedurfte es dieses ungeheuern Anlaufes nicht, denn davon wurde von Anfang an ausgegangen. Und damit, daß der Verstand, wie dies seine Weise ist, das denkend nicht Begriffene durch unklare Bilder, sich in sich selbst widersprechende Vorstellungen und die Vereinigung unmöglich zu vereinigender Worte sich gewaltsam plausibel machen will, hat er dies nur in seiner Illusion erreicht; in der Sache ist er nicht von der Stelle gekommen, hat sich nur noch tiefer und gründlicher in Widersprüche verstrickt. So sich selbst aufhebende Worte, wie „Vermögensleben" usw. — denn nur das Leben ist Leben und das Vermögen ist das Tote — können wohl in den Mund, nie in den Geist genommen werden. Und könnten sie dies selbst, so würde sich immer nur dabei das Vermögen als die Substanz dieses angeblichen Lebens und Verhältnisses, es würde sich jenes „Vermögensroulement" ergeben, welches wir schon oben (S. 25—33) als den wahren Inhalt dieser Ansicht nachgewiesen haben und das nach ihr die als Fiktion gewußte Fiktion eines Subjektes in den Dienst seines Funktionierens genommen hat, eine Fiktion, die hier Huschke selbst sogar noch als bloße Fiktion fahren läßt. Denn wenn die hereditas ihre Wiederbelebung erst von dem neuen Herrn erwartet, so ist es nicht wahr und als nicht wahr eingestanden, daß mit

der hereditas selbst etwas Lebendiges und Persönliches, ein ideales Subjekt hinterlassen und auf den Erben übergegangen sei. Dies ideale Subjekt ist jetzt als bloße Fiktion eingestanden, und gerade, indem sie näher zu begründen versucht wurde, als unwahr aufgegeben. Wenn also Huschke jetzt die hereditas als die „ihren Herrn erwartende Vermögensfreiheit" definiert, so heißt dies, nach diesen Worten selbst, wie nach allem vorigen, in reines Deutsch übersetzt, nichts anderes als: das Vermögen erwartet den Herrn, die hereditas ist ein „den Herrn erwartendes Vermögen", — und freilich stimmt dies auch genau überein mit alledem, was Huschke uns vorher darüber gesagt hat, daß die hereditas „etwas Unlebendiges" sei und daß die vom Erblasser als familia hinterlassene „Vermögensfreiheit" für den Erben als hereditas, bloßes Vermögen, sich darstelle, so daß die derselben dann doch wieder zugesprochene, aber „unlebendigere" Art von Lebendigkeit sich jetzt nur als diese in das Vermögen hineingetragene poetische „Erwartung eines Herrn" herausstellt, eine Erwartung, womit erstens das Vermögen als solches der Begriff des Erbtums geblieben ist, zweitens dem Vermögen eine Tätigkeit geliehen wird, die es unmöglich haben kann; denn während die familia des Erblassers tot hinter ihm liegt, ist das Vermögen ein Sachliches, das nichts erwartet, noch erwarten kann, und dem es sehr gleichgültig ist, einen Herrn zu haben oder nicht. Drittens aber ist es noch schlimmer, als wenn Huschke gesagt hätte: die hereditas sei ein den Herrn erwartendes Vermögen, denn indem er sie in der sich zermarternden Anstrengung, in den bloßen Worten das Lebendige zu gewinnen, das ihm in der Sache entgeht, als die „den Herrn erwartende Vermögensfreiheit" definiert, verfällt er wieder in jene unablässige contradictio in adjecto, die den Aufsatz von einem Ende zum anderen charakterisiert. Denn Freiheit ist vielmehr dies: keinen Herrn zu erwarten, sondern selber der Herr zu sein. Frei sein und Herr sein ist ganz identisch, und nirgends tritt diese Identität strenger und deutlicher heraus als im römischen Erbtum.

So gleicht dieser Aufsatz dem beständigen Versuche eines Menschen, fliegen zu wollen ohne Flügel, einem Aufschwunge, bei dem er immer schwerer auf die Füße wieder zurückfallen

muß. Es ist der rastlose Anprall des Verstandes gegen die Eisenstäbe seines Käfigs, ein Anprall, bei dem er aber nur ein rasselndes Geräusch erregt und diese Eisenstäbe nicht zu erschüttern vermag.

Aus dieser von ihm in den Worten versicherten, in der Sache aber in ihr striktes Gegenteil untergegangenen „persönlichen Natur der Vererbung" folgert Huschke nun (S. 279), daß, wie man ein Tier nur ganz oder gar nicht fangen oder freilassen, eine Ehe nicht teilweise abschließen kann usw., so auch die Erbschaft — als familia genommen — nur ganz oder gar nicht vererbt werden könne. Aber auch bei diesem äußerlich dem Richtigen sich annähernden Satze kann, weil er eben nur in den Worten gewonnen worden, in der Sache aber das Gegenteil einer „persönlichen Natur der Vererbung" sich heerausgestellt hat, von Huschke nicht stehen geblieben werden. Er muß ihn vielmehr sofort wieder als unwahr aufzeigen, muß selber aufzeigen, daß nach seiner Auffassung des Erbbegriffes auch hier re vera das Gegenteil eintreten muß. „Aber, wie verträgt es sich hiermit", fährt Huschke S. 279 fort, „daß doch die hereditas eine teilbare Sache ist, daß mehrere, jeder auf einen Teil, zu Erben eingesetzt werden können?" Und er antwortet: „Auch hier müssen wir wieder jene beiden Seiten ins Auge fassen. Insofern die Erbschaft dem Erben zugekehrt ist, ist sie Sache und ebenso teilbar, wie jedes Eigentum an einer beweglichen Sache." Aber der Begriff der Erbschaft ist ja immer dies: einem Erben zugekehrt, auf einen Erben bezogen zu sein! Eine Erbschaft, die dies nicht wäre, wäre gar nicht Erbschaft mehr, weil diese Beziehung eben der Begriff des Verhältnisses selbst ist. Aber Huschke sieht selbst, daß dies „eigentlich" der Fall ist, und fährt, selber die Konsequenz hiervon ziehend, fort: „Da sie nun aber nach dieser Seite hin eigentlich den Namen hereditas führt, so müssen wir die hereditas geradezu ein teilbares Recht nennen!!" Ist ein größerer Irrtum denkbar? Weil das zur hereditas etwa gehörige und ihr ganz äußerliche Vermögen (vgl. oben Nr. XXXII) teilbar ist, wird für Huschke hier die hereditas selbst, die hereditas als Recht, das, was nach ihm selbst „eigentlich" allein Erbschaft ist, teilbar! Die hereditas ist, wie wir in der bezogenen Nummer sahen, ein stets

und absolut unteilbares Recht, und nur das ihr gleichgültige, ihrem Begriff überhaupt äußerliche, nur zufällig mit ihr verknüpfte Akzessorium, welches in der Zeit des echten jus civile sogar in Gegensatz zur hereditas tritt, ist teilbar. Dieses ist teilbar, wie jede Quantität, während die hereditas, wie alles Begriffliche und Qualitative, unteilbar ist. Huschke aber muß, weil er tatsächlich den Begriff der Erbschaft im Vermögen sieht, auch ausdrücklich eingestehen, daß hiernach die hereditas selbst, die hereditas als Recht, „geradezu ein teilbares Recht" geworden sei, und muß so selbst dem widersprechen, was er soeben über ihre Unteilbarkeit den Worten nach, aber im Widerspruch mit dem tatsächlichen Inhalt seines Begriffes vom Erbtum, gesagt hat. Huschke fährt fort: „Sofern sie (die hereditas) dagegen dem Verstorbenen zugekehrt ist, ist sie eine Person, und darum unteilbar." Was ist denn das aber überhaupt für eine Unterscheidung: die Erbschaft, insofern sie dem Erben zugekehrt, auf ihn bezogen, und insofern sie dem Verstorbenen zugekehrt ist! Was würden die Juristen wohl, und zwar mit Recht, gegen einen Philosophen sagen — ein wirklicher wird es freilich nicht tun —, der diese sonderbarste aller Unterscheidungen aufstellen wollte! Insofern eine Erbschaft nicht dem Erben zugekehrt ist, ist sie ja überhaupt nicht Erbschaft. Ein Subjekt, oder eine familia, das nicht auf einen Erben bezogen ist, sondern bloß als auf sich selbst bezogen gedacht wird, ist gar nicht Erblasser, sondern ein lebendiges Subjekt. Ein Vermögen, das nicht auf einen Erben bezogen, ihm zugekehrt ist, ist nicht Erbschaft, sondern Eigentum und Vermögen überhaupt!

Diese rasende Verstandesanstrengung, dieses entsetzliche Wortgeringe langt also wieder, auf den Tod erschöpft, bei dem Resultat an: Insofern etwas nicht Erbschaft sei, insofern es lebendiges Subjekt und Eigentum eines solchen sei — sei es lebendig, persönlich und unteilbar, was freilich nie von irgend jemand übersehen worden ist; insofern dieses selbe aber „einem Erben zugekehrt" sei, das heißt, insofern überhaupt von Erbtum allein die Rede sein kann, insofern „eigentlich" hereditas vorhanden ist, sei sie ein Unlebendiges, Totes und Teilbares. Der Verstand sucht umsonst über seinen eigenen Schatten zu springen. Dieser springt immer mit, und jeder neue

Anlauf langt daher notwendig immer wieder auf dem alten Vermögensstandpunkt an.

Aus der Unteilbarkeit der Erbschaft, in wahrer, begrifflicher Weise aufgefaßt, würde sich sofort die Regel nemo pro parte etc. ergeben. Denn wenn es die Willenssubjektivität ist, die sich durch den Identifikationsprozeß des Erbtums perpetuiert, und das Erbtum nichts mit dem Vermögen und „Vermögensleben" zu tun hat, so ist es klar, daß diese ideale Unteilbarkeit des Ichs sich nur in bestimmter Weise übertragen kann, weil jede Bestimmtheit die andere Bestimmtheit ausschließt, und wer sich selbst identifiziert, und erklärt: mein Wille ist = A, nicht noch von dem Intestatsystem mit anderen identifiziert werden kann, ohne diesen Willen, der ja gerade im Erbtum erhalten werden soll, zu negieren. Die scheinbare Ausnahme des nicht eingesetzten suus, der nur deshalb mit Testamentserben teilen kann, weil er stets selbstgesetzter Wille des Testators ist (S. 534 fg.), bestätigt dies gerade ganz entscheidend. Allein freilich wird sich diese Regel aus der von Huschke in den Worten versicherten, in der Tat aber mit seiner Argumentation im striktesten Widerspruch stehenden Unteilbarkeit der Erbschaft nicht ergeben können. Denn was würde hindern, zu sagen: Insofern ein Erblasser Erben einsetzt, ist er ja „den Erben zugekehrt", und schafft also jenes „geradezu teilbare Recht der hereditas", das er somit teilen, nach Testamentsrecht wie Intestatrecht sich übertragen lassen kann? Huschke sieht daher selbst ein, daß er jene Regel noch keineswegs erklärt hat, und fährt deshalb fort (S. 281): „Allein hiermit ist doch die Möglichkeit noch nicht ausgeschlossen, daß ebenso, wie man mehrere Erben im Testament einsetzen kann, man auch die eine Hälfte durch Testament, andere dagegen durch das Gesetz sich vererben lassen könne."

Er schlägt daher (S. 282) den an sich ganz richtigen Weg ein, das Wesen der Intestaterbfolge und die Verschiedenheit ihrer Prinzipien von der testamentarischen untersuchen zu wollen. „In dieser Beziehung," sagt er, „fällt in die Augen, daß die Testamentserbfolge auf dem Prinzip der Freiheit, die Intestaterbfolge auf dem Prinzip der Notwendigkeit be-

ruht, jene daher eine ethische, diese eine physische Grundlage hat."

Dies ist also von vornherein wieder der alte Dualismus der bisherigen Ansichten über Testament und Intestaterbfolge. Es ist wieder das allgemein herrschende Gerede von dem Intestaterbrecht als einem physischen oder Familienprinzip im Gegensatz zu dem Freiheitsprinzip des Testamentes, welches in seiner konsequentesten Auffassung zu seinem Kern eben die Ganssche, von diesem auch in denselben Worten bekannte und nur in geistreicherer Weise durchgeführte Ansicht über beide Erbsysteme als den Gegensatz des Prinzipes der „Freiheit" und der „Notwendigkeit" hat. Dies Gerede ist das für das römische Erbrecht grundsätzlich falsche. Solange nicht begriffen wird, daß in Rom das Intestatrecht gleichfalls nur dasselbe ethische Willensprinzip ist, daß es gleichfalls nur den subjektiven Willen des Erblassers zu seiner Quelle und zum Inhalt hat, solange ist von einer Erkenntnis des Intestaterbrechtes nicht die Rede und der Weg dazu überall grundsätzlich versperrt. Freilich ist aber auch dieses Verfehlen des Intestaterbrechtes nur eine Folge davon, daß der Begriff des Erbtums überhaupt verfehlt worden ist. Denn hat man dieses erst als die subjektive Willensunsterblichkeit begriffen, so folgt dann freilich von selbst, daß auch das Intestaterbrecht, da es doch Erbtum überhaupt erzeugen soll, immer nur von dem subjektiven Willen selbst ausgehen und daher nur die Bedeutung eines bei fehlendem Sichselbstsetzen vorausgesetzten Inhaltes desselben haben kann.

Durch diese ganz falsche Basis, von der Huschke auch hier ausgeht, macht er sich also jedes wahrhafte Resultat seiner Vergleichung der Intestatdelation mit der testamentarischen von vornherein unmöglich, und langt daher, nach einer Reihe von ebenso mühsamen und sich selbst aufhebenden Wendungen, die aufs neue speziell zu betrachten der Raum nicht erlaubt, bei dem Resultat an (S. 296): „Was für eine Verschiedenheit bleibt uns nun also noch zwischen der testamentarischen und der gesetzlichen Erbesernennung? Offenbar nur die, daß jene vom Testator, diese vom Gesetz ausgeht." Das ist freilich das äußerliche, sinnliche Faktum, bei welchem anzulangen es gar keiner Untersuchung bedurft hätte, und welches den seit

Menschengedenken ganz kursiven Irrtum über die Natur des römischen Intestatrechtes bildet, die vielmehr darin besteht, ebenso sehr vom subjektiven Willen des Testators auszugehen, wie das Testament. Huschke fährt fort: „Diese (Verschiedenheit) ist aber auch von der größten Wichtigkeit, wie sich sogleich zeigen wird, wenn wir jetzt zum dritten oben hervorgehobenen Punkte, der Untersuchung des Verhältnisses dieser beiden Berufsarten zur Natur der Erbschaft, übergehen." Huschke kehrt also jetzt zu dem Punkte, bei welchem er bei der Betrachtung der Erbschaft überhaupt stehen geblieben ist, zurück, und zwar mit folgenden Worten: „Wir sahen oben, daß der eigentliche Gegenstand, zu welchem ein Erbe berufen wird, die familia, d. h. die vermögensrechtliche Person des Erblassers, und daß sie als solche unteilbar sei." Durchaus unwahr! Kein Wort davon haben wir „oben" gesehen, sondern nur das strikteste Gegenteil! Denn wir hörten ja „oben" vielmehr, daß, „insofern die Erbschaft dem Erben zugekehrt ist," sie „Sache und teilbar", ein „geradezu teilbares Recht" sei. Der „eigentliche Gegenstand", zu welchem ein Erbe berufen wird, ist doch aber dies, was „ihm zugekehrt ist". Und auch Huschke selbst hatte oben deshalb eingestanden, daß diese dem „Erben zugekehrte" Seite das sei, was „eigentlich" die hereditas bilde, also den „eigentlichen Gegenstand, zu dem der Erbe berufen" sei. Nur „sofern sie dagegen dem Verstorbenen zugekehrt ist", hieß es oben, nur insofern sie also nicht das, oder mindestens doch nicht „eigentlich" das ist, wozu der Erbe berufen ist, sei sie Person und unteilbar! — Weil der Verstand, unfähig, eine Lösung in der Sache hervorzubringen, sich schließlich nach aller Qual immer damit zufrieden stellen muß, sich in Worten zu berauschen und zu beruhigen, und sich in den Worten zu versichern, daß er erlangt habe, wovon er in der Sache das reine, unversöhnte Gegenteil in den Händen hat, so muß — denn irgendwo muß doch über den Graben gesprungen sein — Huschke hier versichern, daß er „oben" das Gegenteil von dem gezeigt habe, was er nicht nur der Sache nach, sondern sogar mit ausdrücklichen Worten gezeigt und auf das stärkste hervorgehoben hat. Aber auch bei diesem Sprunge springt immer die Vermögens-

auffassung des Erbtums mit Huschke mit. Huschke versichert gerade bei diesem Sprunge aufs neue: die familia sei die „vermögensrechtliche Person" des Erblassers, und als solche unteilbar. Wenn es aber das Vermögensrechtliche in der Person ist, welche der „eigentliche Gegenstand", das Wesen der Erbschaft ist, so muß sie vielmehr notwendig teilbar sein; denn alles Vermögensrechtliche ist, weil ein Materielles, auch ein Quantitatives und somit Teilbares, nur das Ideelle ist unteilbar. Und dies ändert sich nicht, mit welchem Schein des Persönlichen man auch in den Worten das Vermögensrechtliche bekleide. Selbst noch der eigene Leichnam des Toten, so sehr hier dem Materiellen noch der Schein der Person anklebt, wäre seiner Natur nach teilbar. Es tritt immer das schon oben (S. 28 fg.) Nachgewiesene ein, daß bei der geistvollen Verknüpfung solcher Gegensätze, wie „vermögensrechtliche Persönlichkeit", das Vermögensrechtliche die Persönlichkeit verschlungen hat. Für wen überhaupt, der sich nicht mit bloßen Worten, mit „bedeutsamen Sprachformen", wie Humboldt ironisch sagt, bezahlt, kann ein Unterschied sein zwischen „vermögensrechtlicher Person" und „persönlichem Vermögensrecht"? Nur um sich sein eigenes, ihm ahnend aufdämmerndes Fiasko zu verstecken, braucht die Verstandesreflexion statt des einfachen und gesunden Ausdruckes: „persönliches Vermögensrecht", den in Wahrheit doch nur dasselbe besagenden, gequälten und widerspruchsvollen Ausdruck, die „bedeutsame Sprachform", einer „vermögensrechtlichen Person". Die „vermögensrechtliche Person" ist, wie alles, was einmal in die Sphäre des Vermögens und somit der Materie gesetzt ist, durchaus nicht persönlich und unteilbar, und das zeigt gerade am besten das römische Erbrecht selbst, indem es zwei und mehr Erben zu ernennen gestattet und so das Vermögensrechtliche in der Person beliebig teilen läßt.

Weil dies alles sich so verhält, kann es aber nicht genügen, daß dies die wahre Konsequenz von Huschkes Lehre gegen Huschkes Worte sei, sondern Huschke, gerade weil er es ernster nimmt als andere, wie durch Fatalität dazu bestimmt, das Schicksal des Verstandes mit seltener Normalität an sich zu vollziehen, wird uns auch selbst sehr bald sagen müssen,

daß es sich so verhält. — Er hatte soeben gesagt, man habe „oben" gesehen, daß der „eigentliche Gegenstand, zu welchem der Erbe berufen wird," die familia sei. Nun hatte man zwar „oben" nicht das Geringste hiervon, sondern das direkte Gegenteil gesehen, daß das, wozu „eigentlich" der Erbe berufen oder was ihm zugekehrt sei, eine sachliche und teilbare hereditas sei. Weil Huschke aber, sagten wir, auch bei diesem Sprunge immer fortfährt, die familia als eine „vermögensrechtliche Persönlichkeit" aufzufassen, nützt ihm der Sprung nicht einmal, und er wird uns sofort wieder das Gegenteil von dem sagen, was er hier versichert, oben gesagt zu haben. Zunächst fährt er unmittelbar so fort: „Wenn nun jemand sich selbst einen Erben ernennt, so ist es wiederum diese Person, welche diesen Akt vornimmt. Also (?!) fallen in dem Akt der Erbesernennung Subjekt und Objekt in eins zusammen (was nach Huschke durchaus nicht wahr ist), die familia will sich dem Erben übertragen, sie vererbt sich selbst, und hiermit ist der Grund unserer Regel gefunden." Wer sollte bei diesem äußeren Anklang der Worte an das wirkliche begriffliche Verhältnis nicht glauben, daß Huschke, obwohl dieser Satz nicht bei ihm begründet, obwohl nach dem Früheren nur das Gegenteil davon wahr ist, hier nahe daran sei, und sei es auch nur infolge einer Intuition, in das Heiligtum des Begriffes einzudringen? Noch nicht zwar in den Grund der Regel nemo pro parte etc., wie er selbst glaubt, aber doch mindestens in den Begriff des Erbtums überhaupt? Behüte! Da Huschke unter der „familia", die sich übertragen will, immer nur die vermögensrechtliche Person versteht, ist es nur ein Klingen und Anklingen der Worte; in der Sache ist er hundert Meilen weit davon entfernt und legt das sofort in einer erklärenden Anmerkung zu diesen Worten treulich an den Tag. „Wenn nämlich auch," erklärt Huschke diese Worte, „der Vererbende und das Vererbte im Objekt zusammenfällt, so ist doch dieser Gegenstand ein anderer als vererbendes Subjekt und als vererbtes Objekt (!!!), gleichwie auch das Bewußtsein, als von sich gesetztes, schon ein anderes ist, als das Bewußtsein an sich. Nun ist aber familia, wie gezeigt, der Ausdruck für die Vermögensfreiheit, insofern sie dem Erblasser zugekehrt ist und mit ihm zusammenfällt, folg-

lich die Vermögensfreiheit, insofern sie sich vererbt, aber nicht, insofern sie von sich vererbt wird"!!! Der Wortwirrwarr des Verstandes erreicht hier seinen Gipfel. Die babylonische Sprachverwirrung ist Harmonie dagegen. Der Widerspruch begnügt sich hier nicht, einige Zeilen hintereinander aufzutreten; wütend geworden, stellt er sich sich selbst gegenüber und schneidet sich Gesichter! Was ist das für eine Vermögensfreiheit oder sonst ein Ding, welches ein anderes ist, insofern es sich selbst vererbt oder insofern es von sich selbst vererbt wird?! Da die ganze Tretmühlenarbeit des Verstandes, weil ihm der Gedanke unfaßbar bleibt, von vornherein genötigt ist, nur ein sprachliches Geräusch hervorzubringen, sich nur in Worten, in „bedeutsamen Sprachformen" berauschen und mit Worten illusorisch in Ruhe einwiegen zu können, so bricht Huschke hier ernstlich in das Geheimnis der ihn treibenden Methode durch und meint, der Unterschied müsse darin liegen, ob er, Huschke, denselben Akt, denselben Inhalt in der Aktiv- oder Passivform des Verbums ausspreche!

Aber diese Grimasse, zu der sich der Verstand verzerren muß in dem Schmerze, sich dem ihn hin- und herreißenden Widerspruche nicht entwinden zu können, ist noch nicht alles! Im Text hatte uns Huschke versichert, daß, weil jemand sich selbst einen Erben ernannt, Subjekt und Objekt in diesem Akt in eins zusammenfallen, die familia sich dem Erben übertragen wolle. Aber weil familia den Begriff des Vermögensrechtlichen für ihn hat, muß er uns in der Anmerkung gestehen, daß davon kein Wort wahr ist, daß familia nur das dem Erblasser Zugekehrte und mit ihm Zusammenfallende sei, daß daher trotz des Zusammenfallens von Subjekt und Objekt, von dem der Text spricht, doch dieser Gegenstand „ein anderer als vererbendes Subjekt und als vererbtes Objekt" bleibt, daß sie also wieder nicht zusammenfallen und andere gegeneinander sind. Woher kommt dieser Widerspruch? Er erhellt sich bei schärferer Betrachtung der Worte der Anmerkung: „Wenn nämlich auch der Vererbende und das Vererbte im Objekt zusammenfällt, so ist doch usw." Also nur im Objekt, d.h. im Vermögen, nicht als Selbstobjekt der Handlung, läßt Huschke den Vererbenden und das Vererbte zusammenfallen. Es ist wieder die alte Weisheit, daß

das Vermögen vererbt wird, wonach freilich Vererbendes und Vererbtes, Person und Vermögen, andere gegeneinander bleiben. Es war also wieder nur Schein, wenn es im Text hieß: „die familia will sich dem Erben übertragen, sie vererbt sich selbst". Es ist mit dem „sich selbst" nicht gemeint, die familia vererbt sich selbst als ideale Fähigkeit, sondern sie vererbt ihren Gegenstand, das Vermögen. Hiermit, meint Huschke, sei der Grund der Regel nemo pro parte etc. gefunden: „denn wenn Testator und Erbschaft sich indifferenzieren (wir hörten aber soeben in der Anmerkung, daß sie vielmehr fortfahren, sich zu differenzieren), so folgt, daß auf dieselbe Weise, wie die Erbschaft objektiv unteilbar ist, auch der subjektive, mit ihr zusammenfallende Wille unteilbar, mithin jede Konkurrenz eines anderen Willens mit sich ausschließend sei, und daß also usw." Huschke schließt in diesen Worten seinen Beweis mit der grandiosesten Umkehrung seines Beweisthemas, die denkbar ist. Bisher handelte es sich darum, zu beweisen, daß die Erbschaft objektiv unteilbar sei, wovon wir von Huschke selbst immer das Gegenteil gehört haben. Daß der subjektive Wille unteilbar sei, das würde jeder Mensch Huschken von so einem idealen Dinge, wie der subjektive Wille ist, aufs bloße Wort geglaubt haben! Weil jede Sache doch ein Ende haben muß, nimmt Huschke den Anschein, als habe er bisher schon bewiesen, daß die Erbschaft objektiv unteilbar sei, wovon er uns nie etwas als das Gegenteil sagte, und als habe er nur zu beweisen, daß der subjektive Wille unteilbar sei, was freilich kein Mensch je bestritten hat.

Huschke gewinnt aber nicht einmal etwas mit dieser totalen Verwechselung des Beweisthemas; denn da bei ihm „das Vererbende und das Vererbte zwar im Objekt zusammenfällt", aber doch „ein anderer als vererbendes Subjekt und als vererbtes Objekt" gegeneinander bleibt (wie Person und Vermögen natürlich immer gegeneinander bleiben müssen), warum sollte der unteilbar vererbende Wille das „vererbte Objekt", das ja „ein anderes" gegen ihn ist und bleibt, nicht teilweise nach Testamentsrecht und teilweise nach Intestatrecht übertragen wollen können? Er würde hierdurch eine Teilung nicht in sich, sondern nur in dies Objekt, das, als ein

anderes als er, dieser Teilung fähig ist, hineinbringen. Oder mit anderen Worten: warum sollte der testierende Wille nicht selbst die gesetzliche Erbfolge für einen Teil wollen können? Huschke antwortet: deshalb nicht, weil der Wille, als unteilbar, „mithin jede Konkurrenz eines anderen Willens mit sich ausschließend sei". Und hierin ist nach ihm „der Grund unserer Regel gefunden".

Aber dieser Grund ist höchst irrig! Es ist nicht wahr, daß der Wille im Testament „jede Konkurrenz eines anderen Willens mit sich ausschließend" sein müsse, und wenn das Intestaterbrecht wirklich, wie Huschke freilich glauben muß, ein anderer Wille als der des Testierenden wäre, so würde die Regel nemo pro parte etc. gerade nie haben entstehen können! Es ist leicht, beides zu zeigen.

Nichts hindert den Testator, seinen Intestaterben einzusetzen. Freilich fällt dann der Reflex gar nicht darauf, daß dieser auch Intestaterbe wäre, und er hat ihn in einen testamentarischen verwandelt. Nichts hindert aber auch den Testator, ohne namentliche Bezeichnung des Erben zu bestimmen: mein Intestaterbe sei mir Erbe. Diese Einsetzung ist gültig, denn von einer incerta persona kann dabei nicht die Rede sein (vgl. S. 391 fg.). Freilich würde hier noch keine Teilung eintreten. Aber der Testator kann ebenso gut sagen: mein Intestaterbe und Paul Peter seien mir Erben. Man wird sagen, daß immerhin der Intestaterbe, indem er eingesetzt sei, in einen testamentarischen verwandelt worden sei. Richtig. Aber verwandelt oder nicht — eine „Konkurrenz eines anderen Willens" (wenn das Intestaterbrecht, wie Huschke glaubt, ein solches wäre), eine Konkurrenz des Intestatgesetzes mit dem testamentarischen Willen hat hier jedenfalls stattgefunden. Der Intestaterbe ist hier nicht bloß eingesetzt, weil er nach dem Intestatgesetz Erbe sein würde — was einen gleichgültigen Grund darstellen würde —, sondern der ist eingesetzt, der nach dem Willen des Intestatgesetzes Erbe sein würde, ohne namentliche Bezeichnung, und so ist die Konkurrenz dieses intestatgesetzlichen Willens vom testierenden Willen selbst gesetzt; es ist gerade der Reflex gesetzt auf den intestatgesetzlichen Willen und den, den dieser wollen wird. Es ist also nicht wahr, daß der testierende Wille seiner Natur nach

notwendig „jede Konkurrenz eines anderen Willens mit sich ausschließend sei". — Wir haben aber auch gesagt: wäre das Intestatgesetz, wie Huschke meint, ein anderer Wille gegen den Willen des Testators, so würde gerade dann die Regel nemo pro parte etc. nicht haben entstehen können und unwahr sein. Es ist ebenso leicht, dies zu zeigen. In der Tat, nach unserer Entwickelung des Intestaterbrechtes ist dasselbe ja nicht ein anderer Wille als der Testator, sondern wiederum der eigene (vorausgesetztte) Wille desselben. Und wir zeigten bei dieser Entwickelung bereits, wie die Regel nemo pro parte etc. gerade nur daraus folge, weil das Intestaterbrecht der eigene Wille des Testators sei. Gerade nur, weil beides der eigene Wille des Testators ist, schließt das Sichsetzen desselben in der einen Form, in der Form ausdrücklicher Bestimmtheit, das Sichsetzen desselben als eine andere Bestimmtheit aus. Wer sich selbst nicht bestimmt, ist noch unbestimmt, und kann bestimmt werden. Wer sich aber selbst bestimmt, sich als A bestimmt, der kann, wenn von Selbstbestimmung die Rede sein soll, nicht behandelt werden, als habe er sich selbst als Nicht-A bestimmt.

Folglich wurzelt die Regel nemo pro parte etc. immer nur darin, daß beides, testamentarisches wie Intestaterbrecht, die eigene, ausdrückliche oder vorausgesetzte Selbstbestimmung der erblasserischen Willenssubjektivität ist. Wäre das Intestatrecht aber ein „anderer Wille", als der des Testierenden, so könnte die Regel nicht gelten. Dies zeigt auf das deutlichste das Noterbenrecht. Hier tritt das Gesetz als ein anderer Wille gegen den Testator, hier tritt es als Gesetz auf — und sofort zeigt sich, daß dann kein Grund vorhanden ist, die Konkurrenz dieses „anderen" Willens mit dem Testierenden auszuschließen. Die Regel nemo pro parte etc. bleibt unter Justinian bestehen, aber das hindert nicht, daß, wenn der Testator den Noterben weniger als das Pflichtteil hinterlassen hat, dieses ergänzt wird und das Testament dennoch ruhig bestehen bleibt (s. oben sub Nr. X). Und freilich muß das eintreten; denn wenn erst das Gesetz qua Gesetz, wenn es als ein anderer Wille zwingend gegen den Testator auftritt, wie dies beim Noterbenrecht der Fall (welches daher gar nicht mehr genau als Intestatgesetz im römischen

Sinne zu bezeichnen ist, denn dies ist nur ein solches, welches eintritt, wenn der Testator nicht verfügt hat, wenn er in-testatus moritur; nicht ein gegen sein Testament eintretendes Recht), so muß dann dieses zwingende und qua Gesetz verfügende Gesetz um der Normalität willen, die es dem individuellen Willen zur Pflicht macht, auch als dem abweichenden individuellen Willen rechtlich einwohnend gedacht werden.

Weil Huschke also nach keiner Seite hin in die Bedeutung des Grundsatzes nemo pro parte etc. eingebrochen ist, und diejenige, die er dafür nimmt, eine ganz unwahre und kontradiktorische ist, muß er fortfahren, mit Recht drückten sich die römischen Juristen gerade so aus: „es sei unmöglich, daß jemand zum Teil testatus, zum Teil intestatus sterbe, nicht aber: daß er zum Teil durch Testament, zum Teil durch Gesetz beerbt versterbe. Der erstere Ausdruck nämlich, das rein Negative, daß mit einem Testament nicht zugleich eine Delation, die nicht dieses Testament sei, nach Teilen konkurrieren könne, trifft damit den eigentlichen Grund der Regel, die Ausschließlichkeit und Unteilbarkeit der testamentarischen Sukzession, wogegen die andere andeuten würde, daß in der Art des testamentarischen oder gesetzlichen Willens etwas Widersprechendes liege, was nicht der Fall ist. Ciceros oben angeführte Fassung der Regel (nämlich de invent., 2, 21: „Nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius *lege* heres esset), die dieses Mißverständnis begünstigt, ist eben deshalb tadelnswert." So muß Huschke dazu kommen, gerade das Beste, Richtigste und Aufklärendste, was, wie wir früher zeigten (S. 353 fg.), uns über diesen Grundsatz gesagt worden ist, tadeln und als ein Mißverständnis hinstellen zu müssen! Wir sahen a. a. O., daß gerade nur aus diesen Worten Ciceros sich erklärt, warum das Erbewerden des präterierten suus neben dem testamentarischen Erben die Regel nemo pro parte etc. nicht verletze, weil nämlich der suus doch immer nicht durch Gesetz Erbe wird, sondern die indifferente Mitte des Testaments- und Intestatrechtes darstellt. Wir zeigten daselbst, wie das ganze Verständnis dieser Regel, wie des Intestaterbrechtes überhaupt, davon abhängt, zu begreifen, daß der Gegensatz, den die Regel ausdrückt, der Gegensatz des eigenen Setzens und

des, in Ermangelung eines solchen, durch Gesetz eintretenden Voraussetzens sei, und daß nur deshalb der suus, weil er ja immer eine vom Testator selbst gesetzte, nicht bloß durch Gesetz eingesetzte Willensidentität mit ihm sei, daher von vornherein diesem Gegensatze entzogen sein könne und müsse. Huschke findet diesen tief in das Wesen des Intestaterbrechtes führenden Ausspruch Ciceros falsch und tadelnswert; er findet es falsch, die Regel so aufzufassen, daß der Testator nicht „zum Teil durch Testament, zum Teil durch Gesetz beerbt versterben" könne, weil hierdurch angedeutet sein würde, „daß in der Art des testamentarischen oder gesetzlichen Willens etwas Widersprechendes liege, was nicht der Fall ist". Freilich würde das dadurch angedeutet sein, und freilich ist dies auch, wie von uns nachgewiesen, durchaus und allein der Fall und gibt allein die Bedeutung und logische Notwendigkeit der Regel. Worin sollte denn sonst noch der Widerspruch liegen, wenn nicht „in der Art des testamentarischen oder gesetzlichen Willens"? Im Subjekt dieses Willens liegt er nicht; dies ist bei beiden dasselbe: der Testator. In dem Objekt oder der Substanz (Inhalt) des Willens liegt er nicht; dies ist bei beiden dasselbe: Erbtum; nur in der Art des Willens, ob er sich durch ausdrückliches Sichselbstsetzen oder durch subsidiarisches gesetzliches Voraussetzen kontinuiert, — nur darin liegt der Widerspruch, von dem die Regel spricht.

Huschke bekundet also gerade durch diese Explikation auf das deutlichste, wie unendlich weit er davon ist, trotz aller Sprünge, und abgesehen von allen Versicherungen, das bewiesen zu haben, wovon er das Gegenteil bewiesen hat, auch nur im allerentferntesten den wahren Sinn der Regel erraten zu haben. Die ganze Wortjägerei des Verstandes hat zu gar nichts geführt und konnte von vornherein zu gar nichts führen, weil sie den Vermögensbegriff als Begriff des Erbtums, trotz aller Anstrengung, dies in den Worten herunterzuwürgen, immer mitnahm, und dies natürlich jede weitere Erkenntnis des konkreten Stoffes notwendig versperren mußte. Und nur, weil doch alles sein Ende haben muß, nimmt dieser rastlose Widerspruch hier die Miene einer herbeigeführten ruhigen Lösung an!

Huschke fährt fort: eine „Probe für die Richtigkeit seiner

Deduktion" sei sofort der Satz, „daß nicht bloß die Erbfolge ab intestato, sondern auch die Erbfolge aus einem anderen Testament mit der testamentarischen Erbfolge unverträglich sein muß". Wenn dieser Satz wirklich eine Probe für die Richtigkeit von Huschkes Ansicht ist, so wird die Probe traurig ausfallen! Denn soweit der Satz richtig ist, beruht er einfach auf dem ganz anderen Grunde, daß durch das spätere Testament das frühere notwendig aufgehoben ist, und folglich überhaupt nicht zwei Testamente, sondern nur eins, vorliegen. Tritt dies Aufgehobensein nicht ein, so tritt auch die Unzulässigkeit der Erbfolge aus zwei Testamenten nicht ein. Und zum Beweise dieses Satzes wollen wir uns nicht auf die L. 1, § 6, de bon. poss. sec. tab. (37, 11) berufen, durch die Huschke in der Anmerkung sich selbst widerlegt („Sed etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit et utrumque extet: *ex utroque* quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est et supremum utrumque accipiemus"); denn was Ulpian in dieser Stelle sagt, handelt nur von der bonorum possessio, nicht von der Zivilerbschaft, die Huschke freilich in seiner ganzen Untersuchung, eben weil er den Erbschaftsbegriff des jus civile gänzlich verfehlt, als ein mit der bonorum possessio Gleichstehendes behandelt, während beide nur durch ihren Unterschied richtig erfaßt werden können. Aber diese Stelle widerlegt Huschkes Ansicht auch noch in zwei Hinsichten. Sie zeigt gegen ihn, daß, wäre die Zivilerbschaft das, wofür Huschke sie hält, nämlich die Übertragung der „vermögensrechtlichen Persönlichkeit", die Erbfolge aus mehreren Testamenten einander nicht ausschließen würde, insofern die Testamente gleichzeitig vollzogen sind und daher kein späteres vorliegt, durch welches der individuelle Wille selbst sein früheres Produkt wieder aufgehoben hat. Die bonorum possessio ist wirklich in gewisser Weise diese Übertragung der „vermögensrechtlichen Persönlichkeit", wofür Huschke die zivile hereditas hält. Denn ihr Standpunkt und ihre Substanz ist eben, zum Unterschiede von der Willensperpetuierung des Zivilerbrechtes, der Vermögenserwerb (siehe Nr. V), und indem der Geist des Zivilrechtes noch seinen Widerschein und Schatten über die durch Billigkeit und jus

gentium hervorgebrachte gegensätzliche prätorische Abweichung wirft, entsteht hier genau, was hiernach entstehen muß: nicht mehr die Übertragung des Willens, sondern der Widerschein und Schatten desselben im Vermögen und auf dem Vermögensstandpunkt oder „die vermögensrechtliche Persönlichkeit", ein Widerschein und Schatten, den unsere Juristen für einen aus sich selbst entstandenen selbständigen Körper und für das wahre Wesen des Erbrechtes halten, der aber bei jeder Annäherung an ihn verschwinden muß und sich nur aus der leibhaftigen Gestalt, die diesen ihren Schatten auf das ihrer Persönlichkeit entgegengesetzte Element der Erde geworfen hat, erkennen läßt.

Was also Huschke, indem er dem Zivilrecht nachläuft, wirklich in der Hand behält, ist so immer der Widerschein und Schatten des prätorischen oder justinianeischen Rechtes. Beide stehen in dieser Hinsicht im Prinzip einander gleich; denn die prätorische bonorum possessio ist eben das Erbrecht in der Reaktion und Absonderung vom zivilistischen Erbrecht oder das Erbrecht als Vermögenserwerb, auf welches der Geist des neben ihm bestehenden jus civile als Widerschein fällt und es noch in seinem Abweichen gliedert und bestimmt (vgl. S. 640 fg. und S. 643 fg., Note 1). Das justinianeische Recht dagegen ist im Prinzip nur das dieses Nebeneinanderbestehen aufgehoben habende, an die Stelle dieses zivilistischen Rechtes getretene und somit selber zivilistisch gewordene prätorische Recht; ein Recht, in welchem daher der Geist des jus civile, der im prätorischen Recht wegen des Nebeneinander beider sich als Widerschein bestimmt, hier, wegen des Gewesenseins des Zivilrechtes, nur noch als Schatten tätig ist. Da sich aber Widerschein und Schatten immer nur aus dem beurteilen und erkennen lassen, aus welchem sie geworfen werden, so erkennt Huschke notwendig auch diese nicht.

So zeigt Huschke eben deshalb das Irrige seiner gesamten Auffassung des Zivilerbrechtes durch Bezugnahme auf diese Stelle dadurch auf, daß er bonorum possessio und Zivilerbrecht dabei als ihrem Begriffe nach ganz identische Dinge behandelt. Bei dem Testament ex jure civili würde schon durch die Form desselben die Gleichzeitigkeit zweier Testamente,

von der Ulpian hier beim prätorischen Testament spricht, ganz unmöglich sein.

Eben deshalb ist aber Huschke nun noch nicht in bezug auf das zivilrechtliche Testament in seiner Behauptung widerlegt, daß „die Erbfolge aus einem anderen Testament mit der testamentarischen Erbfolge unverträglich sein muß". Ja, es scheint, daß sich hier diese Widerlegung gar nicht erbringen lassen wird, weil hier wegen der unmöglichen Gleichzeitigkeit der Testamente der individuelle Wille durch das zweite Testament immer das erste von selbst aufgehoben haben wird. Allein auch hier ist die Widerlegung zur Hand. Und zwar besteht sie in nichts anderem als in dem vorhin schon angezogenen Falle des übergegangenen und dem eingesetzten Erben zur Hälfte akkreszierenden suus (s. oben Nr. XXV und XXVI). Der suus ist, wie wir sahen (siehe S. 535), selbst ein lebendiges Testament, weil er selbst durch das eigene und ausdrückliche Tun des Testators — durch die Zeugung — von ihm gesetzte Willensidentität mit ihm ist, und nur, weil er selbst ein lebendiges Testament ist, kann er mit dem Testamentarerben teilen. Zugleich ist der suus ein solches Testament, welches nicht stillschweigend durch ein anderes, sondern nur durch ausdrückliche Exheredation wieder aufgehoben werden kann. Ist dies nicht eingetreten, so kann, wie sich in diesem Falle zeigt, das lebendige Testament mit dem anderen Testament sehr gut nebeneinander bestehen und sich vertragen.

Die Probe also, welche Huschke selbst für die Richtigkeit seiner Deduktion vorschlug, ist nach allen Seiten hin höchst kläglich ausgefallen.

Aber Huschke ruht nicht! Es reicht ihm nicht hin, teils Dinge gesagt zu haben, die objektiv irrig sind, teils sich selbst innerlich widerlegt zu haben. Es treibt ihn rastlos, es auch wieder herauszusagen, daß er nichts gesagt, daß er sich nur in einem fort widersprochen habe. Und so sehen wir ihn denn, nachdem er lange schon scheinbar vollkommen beruhigt, „den Grund unserer Regel gefunden", S. 301 in das Geständnis ausbrechen: „An sich würde nämlich, wie auch oben bemerkt wurde, in der Freiheit, auf welcher die Testamentserbfolge beruht, kein Grund liegen, weshalb sie mit der notwendigen

Erbfolge nicht sollte konkurrieren können; umgekehrt müssen wir behaupten, daß der Erblasser zugleich die gesetzliche Erbfolge für einen Teil wollen könnte."

Ist es erhört! Oben, wenige Seiten vorher, erfuhren wir als den letzten und wahren Grund unserer Regel, daß der Wille, weil er unteilbar ist, „jede Konkurrenz eines anderen Willens mit sich ausschließend sei". Dort hatten wir das noch zu widerlegen und zu zeigen, daß nichts von alledem wahr und ihm überdies durch Huschkes Lehre beständig innerlich widersprochen sei. Hier zeigt Huschke, daß er unserer Widerlegung gar nicht bedurfte; daß er das selbst vollkommen einsieht! Jetzt gesteht er ein, es liege kein Grund vor, daß der testamentarische Wille und derjenige „der notwendigen Erbfolge (die Intestaterbfolge, dasjenige, was nur ganz subsidiarisch eintritt, wenn es einem Individuum gefallen hat, nicht zu wollen, wird für Huschke, wie für die Autoren überhaupt, zur notwendigen Erbfolge! Welche Logik!) nicht sollte konkurrieren können"! Jetzt aber muß Huschke „umgekehrt behaupten", daß eben die Unendlichkeit der Freiheit dahin führen würde, daß der Erblasser auch selbst die Intestaterbfolge pro parte wollen, den Willen derselben als einen konkurrierenden in sich aufnehmen könne! D. h.: Huschke muß jetzt alles das sagen, wovon wir oben gegen seine Worte zeigten, daß er es von seinem Standpunkt aus notwendig sagen müsse! Aber wo bleibt denn nun, wenn alles bisher Gesagte jetzt wieder umgeworfen ist, die Regel nemo pro parte etc. und ihr Grund bei Huschke? Aber Huschke fährt mit einem „Aber" fort, und wenn er ihn uns also auch bis jetzt nicht gesagt hat, jetzt wird er ihn uns sagen: „Aber," fährt Huschke fort, „diese Freiheit steht, wie wir jetzt sehen, noch unter einem Gesetze" (bis jetzt haben wir ja eben nichts davon gesehen; das angebliche Gesetz ist ja soeben zurückgenommen worden! Aber das tut nichts; war das Gesetz auch bis jetzt nicht gesagt worden, so wird es uns doch in den jetzt folgenden Worten mitgeteilt): „indem der freie Wollende selbst das Objekt seines Wollens ist, und dieses Objekt nicht Produkt, sondern Voraussetzung seines freien Willens ist, fängt sich gleichsam die Freiheit in sich selbst, findet

in sich selbst ihre Beschränkung, und in dieser Beschränkung durch sich selbst liegt der Grund unserer Regel!!"

Nicht die Freiheit fängt sich, sondern Huschke fängt sich! Die Wortjägerei des Verstandes fängt sich, fängt sich in einem Gewirr gebirgshoch sich türmender Worte, in einem Satze, der, wenn er von einem Philosophen herrührte, allein hingereicht hätte, um bei den Juristen die Philosophie auf Jahre wegen nebulosester Unklarheit, Abstraktion und Wortreiterei in Verruf zu bringen! Hinter diesem Wortgebirge, hinter dem der Verstand sich vor sich selbst versteckt hat, fühlt er sich endlich vor sich und anderen sicher! Das „Nest von Widersprüchen", um mit Kant zu reden, in das sich der Verstand durch dieses Wortgeräusch geflüchtet hat, wollen wir nicht hier noch einmal entwirren! Es sind immer die alten, stets wiederkehrenden, an denen der Verstand würgt und würgt, bis ihm vor Anstrengung die Augen aus dem Kopfe treten, ohne sie doch hinunterwürgen zu können. Aber was wir noch zeigen müssen, ist, wie er bei jedem neuen Versuche, sich zu retten, sich in immer größeren Widerspruch mit seinem Stoffe verwickelt. Der Grundsatz nemo pro parte etc. soll also, nach Huschkes Schlußerklärung, darin seinen Grund haben, daß die Freiheit des Testators in sich selbst eine „Beschränkung" findet! Aber es ist ja wie mit Händen zu greifen, daß der Grundsatz gar keine Beschränkung für den Testator und seine Freiheit darstellt! Worin sollte denn die Willensfreiheit des Testators durch ihn beschränkt sein? Der Testator kann ja ganz beliebig, wie er will, Testamentserben und Intestaterben bunt durcheinander würfeln und in jedem beliebigen Verhältnis einsetzen! Also nicht im geringsten für die testierende Freiheit, sondern nur die außerhalb des Testamentes Stehenden und dasselbe Beurteilenden enthält der Grundsatz eine Beschränkung! Mit anderen Worten: der Grundsatz enthält nur eine Regel der logischen Interpretation des im Testament vorhandenen Willens und nicht im geringsten eine Beschränkung des testierenden Willens und seiner Freiheit!

Es ist die einfachste Regel der logischen Interpretation, daß, wer schwarz sagt, nicht angesehen werden könne, als ob er weiß sage, wer testatus stirbt, notwendig nicht intestatus stirbt,

wer sagt: ich heiße von jetzt ab Paul, nicht gerufen werden könne: Peter!

Und um dieses einfachsten Satzes willen, der, sowie der römische Erbtumsbegriff erst verstanden ist, zur höchsten Trivialität herabsinkt — weshalb Papinian den Verstoß dagegen auch mit Recht absurd nennt —, diese rasenden, fünfzig Seiten füllenden Anstrengungen Huschkes und ein so gänzlich gescheitertes Resultat!

Auf einer solchen Grundlage lassen sich natürlich dann auch keine wahrhaften Konsequenzen gewinnen, und Huschkes weiteres Bestreben, die Wirkungen der Regel zu durchdringen, muß ebenso vergeblich bleiben, wie dasjenige, die Regel selbst zu gewinnen.

Nach wie vor laufen richtige Ahnungen und die höchsten Verkennungen auf jedem Punkte, sich untrennbar durchdringend, durcheinander; nach wie vor bleiben die Auflösungen der erbrechtlichen Sätze, die Huschke beleuchtet, bloße Schein- und Wortauflösungen, im günstigsten Falle in reiner Tautologie dasselbe wiederholend, was uns die römischen Juristen in den betreffenden Sätzen sagen, und ob dieser Tautologie den befriedigten Schein innerer begrifflicher Erkenntnis annehmend; nach wie vor vollzieht sich an Huschke das Schicksal des Verstandes, daß gerade, je richtiger die Ahnung ist, die in ihm arbeitet, desto größer und abgrundartiger der Irrtum ist, in den er fallen muß. Huschke (S. 306, 307), alles immer sehend, was mit dem Verstande gesehen werden kann, wirft zuerst und allein von allen Autoren den trefflichen Blick, daß das Intestaterbrecht nicht erst selbst den suus einsetze und berufe, noch berufen könne, sondern indem es sich ausdrückt: „cui suus heres nec escit", dadurch sein „durch Naturgesetz schon vorhandenes Erbrecht als ein solches erwähne und dadurch anerkenne" (vgl. oben Nr. XXI und XXVI und S. 534 fg.). Wer sollte nicht glauben, daß Huschke durch diese Bemerkung sich auf den besten Weg gebracht hat, in den Begriff des suus einzubrechen? Aber nein! Auch dieser richtige Blick, den er selbst wirft, bleibt bei ihm — gläsern! Kein geistiger Strahl der Erkenntnis der Suität entzündet sich aus ihm, und wir sahen bereits, wie Huschke trotzdem den Cicero tadelt, der durch seine Worte gerade dies nicht durch

das Gesetz eingesetzte Wesen des suus so deutlich hervortreten läßt, und wie er den suus in seinem Wesen als ebenso testamentarischen wie Intestaterben, als die Einheit von beiden, die dann sowohl das Verständnis des ganzen Intestatrechtes, sowie die Bedeutung des Grundsatzes nemo pro parte etc. von selbst aufschließt, in keiner Weise begriffen hat. Aber nicht nur der Blick bleibt gläsern —, sondern jeder richtige geistige Inhalt, der auf die verschiebende Netzhaut des Verstandes geworfen wird, muß sich zum Ungeheuerlichen der Karikatur verzerren. Oder, wie wir soeben sagten, je richtiger die Ahnung ist, die in dem Verstande arbeitet, desto größer und abgrundartiger muß der Irrtum sein, in den er fällt. Und Huschke legt das wieder auf das schlagendste dar! Denn weil er den richtigen Verstandesblick wirft, daß das Zwölftafelgesetz durch jene negative Wortfassung den suus gar nicht selbst einsetzt, so faßt er nun — an derselben Stelle — das Wesen des suus also auf: „Daher beruht denn auch das Erbrecht der sui heredes als solches eigentlich auf gar keinem deferierenden Willen, nicht auf dem des Testators, wie sich von selbst versteht (!!), ebensowenig aber auf dem des Gesetzes usw." Alles hängt lediglich und allein davon ab, zu begreifen, wieso der Wille des Testators im suus als schon vorhanden und fortexistierend gesetzt ist, — Huschke kommt umgekehrt dazu, den suus als nicht auf dem Willen des Testators beruhend, einen römischen Erben ohne den Willen des Testators, ja, zu der noch größeren Ungeheuerlichkeit, ein römisches Erbrecht, das auf gar keinem deferierenden Willen beruht, zu kennen! Und nochmals hebt Huschke in dem soeben abgebrochenen Satze dies auf das bestimmteste hervor: „. . . ebensowenig aber auf dem des Gesetzes, welches, die Natur dieses Verhältnisses richtig auffassend, nur sagte: wenn jemand ohne Testament sterbe, der keinen suus heres habe, so sollte der nächste Agnat Erbe sein — also stillschweigend dieses Erbrecht als dem, welches auf einem Willen beruht, vorausgehend betrachtete". Das Zwölftafelgesetz läßt zwar den Satz vom testamentarischen Erbtum diesem Satze, welcher den suus erwähnt, unmittelbar vorhergehen, und zeigt so schon durch seine formelle Stel-

lung, daß es das Erbrecht, welches, um mit Huschke zu reden, „auf einem Willen beruht", als dem suus „vorausgehend" betrachtet! Das Zwölftafelgesetz wiederholt dies zwar noch in dem Satze selbst, in welchem es den suus erwähnt, indem es ihn nur erwähnt — si intestatus moritur. Macht nichts! Für den Verstand wird umgekehrt dadurch das angeblich auf keinem Willen beruhende Erbrecht des suus zu einem von dem Zwölftafelgesetz als dem, welches „auf einem Willen beruht", „vorausgehend" betrachteten. Sehen wir jetzt nach dieser näheren Betrachtung den zuerst von uns belobten Satz Huschkes, das Intestatgesetz könne bei dem suus „nur sein durch Naturgesetz schon vorhandenes Erbrecht als ein solches erwähnen und dadurch anerkennen", nochmals an, so sehen wir jetzt, wie schon hier neben und in dem Richtigen auch das ganz Falsche in untrennbarer Durchdringung vorhanden war. Denn jetzt hat sich uns nur erklärt, was Huschke unter dem „durch Naturgesetz" vorhandenen Erbrecht des suus gemeint hat, nämlich ein im Gegensatz zum Willen des Testators vorhandenes selbständiges Familienrecht, also ganz wieder das alte Gerede vom Intestaterbrecht, als einem Recht der natürlichen Familienverwandtschaft und der Naturnotwendigkeit; eine Auffassung, die bei Gans zu ihrer geistvollsten Verklärung gekommen, und die Huschke, wie wir schon früher sahen, trotz allem, was er gegen Gans sagen mag, im Grunde vollständig mit ihm teilt.

Da Huschke den Begriff der sui so vollständig verfehlt, so kann es natürlich auch nicht wundernehmen, daß er den Grund ihres erbrechtlichen Verhältnisses und ihrer Benennung in ganz derselben durchaus unwahren Weise erklärt, wie wir dies oben bei Gajus u. a. (Nr. XXI) gefunden haben. Huschke erklärt also (S. 306) die sui dadurch, sie seien vermöge ihrer Personeneinheit mit dem Erblasser „gewissermaßen schon bei seinen Lebzeiten in ihm Eigentümer des Vermögens, und der Tod des Erblassers bewirkt nur, daß dieses ihr Recht (nämlich Eigentümer des Vermögens zu sein), welches bis dahin noch in des Erblassers potestas oder manus verborgen lag, frei hervortritt". Also ganz wieder das alte, mit sich selbst und dem Rechtsfaktum vollständig in Widerspruch stehende Gerede des Gajus von dem „quodammodo domini"

des Vermögens sein, welches wir bereits oben (S. 303) ausreichend widerlegt und vielmehr als ein „nullo modo domini" nachgewiesen haben.

Aber warum muß denn Huschke den Begriff des suus verfehlen, warum kann ihm auch jene Bemerkung dazu keinen Weg bahnen? Nun, notwendig wieder wegen der alten Vermögensauffassung der Erbschaft. Dies ist in dem eben zitierten Satze schon sehr deutlich hervorgetreten und zeigt sich noch deutlicher in einem anderen Satze. Er sagt (S. 305): „Wenn jemand Deszendenten hinterläßt, welche durch seinen Tod in seiner familia *sui juris* werden, so sind diese nach der Natur der familia sui heredes, d. h. sie beerben in diesem Vermögen gleichsam sich selbst." Aber was hat denn das zum Erben seiner selbst werden des suus (s. oben S. 311) mit dem „in diesem Vermögen" zu tun? Der suus als Erbe wird *suus* heres oder Erbe seiner selbst, indem die ideale Willenssubjektivität, die ihm der Erblasser als Erben überträgt, auch bisher schon an sich die seinige war, er also jetzt nur zum Subjekt seiner selbst, seines bisherigen Selbst umgewandelt wird (während er, enterbt, zwar auch sui juris wird, aber als eine andere, neue Willenssubjektivität gegen den Erblasser, wie der emancipatus). Irgend etwas von diesem Verhältnis dämmert auch, wenn auch noch so sehr in täuschend ahnungsvoller Verschwommenheit, dem Verstande; das zeigt sich deutlich, indem er auf das *„sui juris* werden" Bezug nimmt. Huschke möchte gern durchbrechen dahinein, daß der suus als Erbe nur sich selber, sein eigenes Subjektsein, findet, und so bricht er denn durch in — das Vermögen und läßt den suus „in diesem Vermögen" gleichsam sich selber beerben! „Im Vermögen" freilich kann der suus sich und seine eigene Subjektivität nicht finden! Sonst werden wir nächstens noch zu hören bekommen, daß die römische Subjektivität im Vermögen liegt und aus diesem vom Subjekt erworben wird! Und so treibt denn gerade auch jene leise, schwanke Ahnung den Verstand immer nur in das tapfere, gedoppelte und komische Fiasko, den suus, der grundsätzlich nie etwas haben konnte, zu einem zu machen, der „gewissermaßen" seit je „Eigentümer des Vermögens" ist, und ihn zu einem Erben zu machen, der nicht — sich

selbst erbt, sondern, obgleich er gesund und munter und noch gar nicht gestorben ist, sich selbst „beerbt"!

So gehen denn auch bei der Suität dieselben ächzenden, stöhnenden, würgenden Wortabmarterungen fort, dasselbe sich Sichselbstgegenüberstellen und Sichgesichterschneiden der Widersprüche tritt ein, ganz wie oben bei der hereditas, nur daß es überflüssig wäre, dies noch einmal ganz in derselben Ausführlichkeit darzustellen.

Die höchste Beruhigung, zu der es diese Methode bringen kann, ist die rein tautologische Versicherung dessen, was uns die römischen Juristen in sinnlichen Ausdrücken und Fällen sagen, in anderen, abstrakter und allgemeiner klingenden Worten, wobei mit jedem Ansatz, in dieser Tautologie einen geistigen Grund zum Vorschein zu bringen, sofort aus der nichtssagenden Tautologie in den entschiedensten Irrtum verfallen werden muß. So will Huschke erklären, warum die präterierte Tochter und der präterierte Enkel, obwohl sie sui sind, dennoch, wenn ein extraneus eingesetzt, nur zur Hälfte akkreszieren, wovon wir oben (Nr. XXV) die tiefe begriffliche Notwendigkeit entwickelt haben. Huschke seinerseits begründet dies Resultat so (S. 310 fg.): Der Sohn gehöre wesentlich „zu der Dreieinheit, aus welcher die familia besteht", wie sich auch in den Namen pater, mater, filius familias zu erkennen gebe. Er erinnert an das indische Gesetz des Menn, IX, 45: „Der vollkommene Mann besteht aus sich selbst, seinem Weibe und seinem Sohne." „Weit vollständiger und tiefer aber" habe noch „das römische Recht diese Naturwahrheit aufgefaßt und angewandt". — Unglücklicherweise ist der römische Geist und das römische Recht dieser indischen Anschauung des Menschen als eines erst in der Familie zu seiner Vollständigkeit gelangenden Gliedes sehr fern! Der römische Geist schaut den Menschen vielmehr schlechterdings als Subjekt, als die Selbständigkeit der für sich seienden Willenssubjektivität, nicht als Familienperson in dem hier entwickelten Sinne an. Außer dem, daß dies dieser ganze Band beweist, genüge es, dafür anzurufen, daß, wie uns die römischen Juristen nicht umsonst berichten, der Sohn sofort dadurch, daß er sui juris wird, wenn er auch weder Weib noch Kind hat, schon *paterfamilias* ist! (Ulpian, L. 195, § 2, de V. S. 50, 16.) Diese Fähig-

keit des für sich seienden Willens, nicht der reale Inhalt, den sich derselbe gibt, ist es also, der den Römer zum paterfamilias macht. Huschke läßt vielmehr in jenem Satze von der „Dreieinheit, aus welcher die familia besteht", nur auf das deutlichste hervortreten, daß er, trotz alles Studiums des römischen Rechtes ein guter Germane, die (römische) familia und die (deutsche) Familie vollständig miteinander verwechselt. Dem Römer bedeutet familia — und solange man dies nicht erkennt, ist freilich gar kein Verständnis des römischen Erbrechtes möglich — nicht Familie, nicht ein Verwandtschaftsverhältnis, sondern, wie wir früher gezeigt haben (vgl. S. 538 fg.), einfach die Willensherrschaft des Subjektes und das ihr Unterworfene. Daher kommt auch familia ursprünglich von famulus, famulor, Diener, dienen, wie dies von selbst klar ist und wir dies außerdem von Festus bereits positiv bezeugt gesehen haben. Daher kommt, daß bei den Römern unter familia nicht bloß Weib und Kind, sondern Sklave, Geld und Gut, kurz alles, wovon der Wille das Subjekt ist, befaßt wird. Daher kommt es, daß es heißt: paterfamilias, materfamilias, filiusfamilias, filiafamilias, das erste als Subjekt dieser Willensherrschaft, die anderen als die ihr Unterworfenen. Daher kommt es endlich, daß, worüber Huschke in der Anmerkung daselbst seine Verwunderung nicht ganz unterdrücken kann, die Zwölf Tafeln „familia schlechthin für eine einzelne Person" setzen können, z. B. agnatus *familiam* habeto, d. h. er habe des Toten Willensherrschaft. — So führt uns denn der Begriff, die Sprache und die positiven Zeugnisse gleichmäßig von der phantasievollen indischen Anschauung des Menn bei den Römern zu dem Begriff der selbständigen subjektiven Willensherrschaft und des ihr Dienenden hin, wobei es nun freilich mit der „Dreieinheit, aus welcher die familia besteht", nichts ist.

Huschke fährt fort: deshalb habe nun der filius „auch ebenso unmittelbaren und vollen Anspruch auf das Familienvermögen nach des Vaters Tode, wie dieser es bei seinen Lebzeiten hat". Soviel Zeilen, soviel schwerste Irrtümer! Erstens gibt es gar kein römisches Familienvermögen. Zweitens hat ja der suus überhaupt gar keinen Anspruch auf das Ver-

mögen, sondern höchstens nur auf das Erbtum. Um nicht Erbe zu sein, muß er exherediert werden. Hierin kann also ein gewisser Anspruch auf das Erbesein liegen. Aber abgesehen davon, daß der Vater dem suus als Erben vor der Falcidia das Vermögen durch Legate entziehen kann, kann er ihn ja auch auf Eintausendstel usw. als Erbe einsetzen, und hiergegen hat der suus keinen Schutz. Also auch wenn er Erbe ist, wenn er in gewisser Weise darauf, Erbe zu sein, Anspruch hat, — auf das Vermögen hat der suus keinerlei Anspruch, auch nicht bei des Vaters Tode. Statt aber hieran zu sehen, daß Erbtum und Vermögen im römischen Recht ganz auseinanderfällt, leiht Huschke dem suus kurz und gut einen „unmittelbaren und vollen Anspruch auf das Familienvermögen nach des Vaters Tode". Aber Huschke soll erklären, warum das nun nicht in gleichem Maße bei der Tochter und dem Enkel stattfindet, und fährt daher fort: „Sowohl Tochter als Enkel dagegen gehören nicht absolut und vollständig zur familia (?!); die Tochter nicht, obgleich sie auch filiafamilias heißt" (mit der „Dreieinheit" ist es also nichts), „weil sie das Kindesverhältnis nicht vollkommen ursprünglich und eigentümlich" (warum), „sondern bloß sekundär als geschlechtlich-mindere Abzweigung des filiusfamilias in sich enthält" (aber warum enthält sie es denn in „geschlechtlich-minderer Abzweigung" in sich? Danach fragt man ja eben! Das römische Recht macht ja sonst keinen Unterschied zwischen dem Erbrecht der filia und des filius), „und eben deshalb nicht in dem Gattungsgliede (?) des Vaters als Kind, sondern vielmehr als *mater*familias in dem Hause ihres zukünftigen Ehemannes ihre wahre Bedeutung hat." Es ist stark und originell von Huschke, der Tochter zu bestreiten, daß sie ebenso gut „vollkommen ursprünglich und eigentümlich" ein Kind ihres Vaters sein und also das „Kindesverhältnis in sich enthalten" könne, wie auch ein Sohn! Jedenfalls aber ist der von ihm angegebene Grund, die Tochter habe „nicht in dem Gattungsgliede des Vaters als Kind, sondern vielmehr als *mater*familias in dem Hause ihres zukünftigen Ehemannes ihre wahre Bedeutung", gerade das Gegenteil des richtigen Grundes. Es ist umgekehrt: als Kind stellt die Tochter das Kindesverhältnis

ebenso vollkommen, ebenso ursprünglich und eigentümlich dar wie der filius; als Kind füllt sie ihre Stellung ebenso gut aus wie der filius. Aber gerade als *mater*familias, in dem Hause ihres zukünftigen Ehemannes, füllt sie die „wahre Bedeutung" des Erben, die Rolle der Willensubjektivität, nicht mehr aus. Denn sie steht nur in der Gewalt des Vaters — darum ist sie, als Kind genommen, dasselbe, was der filius —, aber sie kann nicht in der Gewalt haben; also gerade als *mater*familias ist sie mangelhaft und entspricht somit nur zur Hälfte dem Begriff, perpetuierende Fortexistenz der Willenssubjektivität zu sein.

Huschke, nachdem er den Grund bei der Tochter nicht erklärt hat, will nun den Enkel erklären, und fährt fort: „Der Enkel nicht" (d. h. gehöre nicht absolut und vollständig zur familia), „weil er gar nicht mehr eine von jenen drei Positionen, Vater, Mutter, Kind, in der Familie des Gewalthabers einnimmt — daher auch nicht neposfamilias —, sondern vielmehr zu der Dreieinheit seines Vaters als Sohn gehört und naturgemäß erst durch den Tod des Großvaters in der Familie seines Vaters als filiusfamilias seine wesentliche Gattungsbedeutung erhalten wird." Hier also muß die „Dreieinheit" herhalten, von der wir schon oben gesehen haben, daß es nichts mit ihr ist. Der Enkel also gehört nicht mehr zur „Dreieinheit der familia", ist nicht mehr „Kind". Aber, wenn dies der Fall, warum beerbt er, wenn sein Vater tot ist, den Großvater dennoch als suus? Und besonders, warum beerbt er ihn, als einziger Sohn eines toten suus, zu gleichen Teilen und also zu gleichem Recht mit einem anderen noch lebenden filius? Es ist ein Glück, daß Huschke sich dies in diesem Augenblicke nicht einfallen zu lassen beliebt, sonst würden wir wieder zu hören bekommen, wie der Enkel, obwohl er nicht Kind sei, dennoch Kind sei, und wie, obwohl er keine von jenen drei Positionen einnehme, er dennoch eine von jenen drei Positionen einnehme, und wie, obwohl er nach Huschke erst „durch den Tod des Großvaters seine Gattungsbedeutung erhalten" kann, er doch nicht erst durch den Tod des Großvaters seine Gattungsbedeutung erhält; d. h. die Widersprüche würden wieder anfangen, sich hin und her zu zerren und ihren tollen, wirbelnden Sankt-Veitstanz aufzuführen.

Durch diese Erklärungsmethode des Verstandes, wobei er die gute, derbe, sinnliche Erscheinung — den Bericht der römischen Juristen — nur mit triumphierender Miene in reflektierte, verallgemeinernde Ausdrücke übersetzt, durch diese Erklärungsmethode, die Molière schon so unsterblich charakterisiert hat, indem er den Bakkalaureus auf die Frage, warum das Opium einschläfert, antworten läßt: „Quia ei vis inest quaedam dormitiva" — durch diese Erklärungsmethode ist natürlich nicht nur nicht das Geringste gewonnen, sondern das gesunde, sinnliche Faktum nur noch verdorben, indem ihm diese verallgemeinernden Ausdrücke eine Beziehung auf ein Wesen gegeben, welches, wie wir gesehen haben, gar nicht das seinige ist.

Warum überhaupt das Intestatrecht dieser sui anders sein muß, als das ihrer testamentarischen Akkreszenz, warum die filia und der nepos nach seines Vaters Tode sowohl sind als nicht sind, was der filius, warum der Unterschied ihrer nur bei dem Eindringen in das Testament, nicht ab intestato zum Vorschein kommen kann, warum sie — worin besonders dies begriffliche Verhältnis erst in seiner Bestimmtheit hervortritt — als präterierte sui unter Umständen besser und schlechter daran sein müssen, denn als ab intestato berufene sui — eine wahrhafte Erklärung dieser Fragen, die wir sub Nr. XXV und XXVI zur Entwickelung gebracht, kann von dieser Methode auch nicht nur einmal versucht werden.

Wir könnten in derselben Weise wie bisher den Huschkeschen Aufsatz noch Zeile für Zeile bis an sein Ende begleiten; wir glauben aber, daß das Bisherige mehr als hinreicht. Unser Zweck, der über und über erfüllt sein muß, war, an dem musterhaften und glänzenden Beispiel dieses Aufsatzes einen Beitrag zur Physiologie des Verstandes zu liefern, der in der juristischen Materie ausschließlicher als irgendwo wütet und von jeher — seit dem Untergange Roms — gewütet hat; unser Zweck war nicht der, Huschke zu verunglimpfen oder zu verkleinern. Im Gegenteil! Wäre sein Verstand nicht der höchste, sein Scharfsinn nicht der begabteste und normalste — er würde sich gar nicht dazu geeignet haben, an seinem Beispiel diesen Sektionsprozeß durchzuführen, und wir haben es schon früher ausgesprochen (S. 26, Note 1), daß dieser Aufsatz, so sehr er sich überall selbst vernichtet und

überall in die radikalsten Irrtümer fällt, so wenig er auch — schon 1834 erschienen — in der späteren Literatur eine befruchtende Einwirkung hervorgebracht hat und hervorbringen konnte, uns dennoch als das Höchste erscheint, was bisher auf dem erbrechtlichen Gebiet geschrieben worden, und in gewisser Hinsicht selbst Gans überlegen ist. Denn auch Gans geht lediglich von dem empirisch-verständigen Erbschaftsbegriff, von dem Vermögen als dem Begriff der Erbschaft aus, wie wir dies überall nachgewiesen haben, und bei ihm ist der Widerspruch desselben noch nicht einmal sich fühlbar und zur Marter geworden wie bei Huschke. — Die Auflösung dieses scheinbaren Widerspruches in unserer Beurteilung des Huschkeschen Aufsatzes ist sehr einfach. Es gibt drei Sorten von Verstand. Der eine ist der, der immer nur die eine Seite der Sache sieht — dies ist der beschränkte Verstand. Der andere Verstand ist derjenige, welcher entwickelt genug ist, um beide Seiten der Sache zu sehen, aber sie immer nur abwechselnd, nie gleichzeitig sieht. Dies ist der gebildete, entwickelte Verstand. Da er die beiden Seiten der Sache nur abwechselnd sieht, so fühlt er ihren Widerspruch nicht. Er lebt daher mit Gott und der Welt zufrieden, vor allem mit sich selbst, stellt jede Seite der Sache in einen besonderen Winkel und vergißt jedesmal die eine ganz, wenn er die andere braucht und hervorholt. Der seltenste und höchste Verstand ist der, welcher gleichzeitig beide Seiten der Sache sieht, eben deshalb aber auch ihren Widerspruch fühlt. Da er ihn fühlt, so bildet er seine Marter, und darum vollzieht sich gerade an diesem höchsten Verstande jenes Strafgericht; er will den Widerspruch der beiden Seiten gewaltsam ausgleichen, der ihn rastlos wie einen Ball sich in die Arme wirft, will, da er ihn in der Sache nicht versöhnen kann, ihn mindestens in den Worten verlöschen, und nun beginnt jene wilde Jagd der Worte, aus jeder noch so verwischten Fassung derselben schallt ihm aus der Tiefe seines Gewissens aufs neue das gelle Hohngelächter des einmal erkannten Widerspruches entgegen, er kann ihn nicht zum Schweigen bringen, und mit allem Hin- und Herzerren hat er sich den Marterpfahl des Widerspruches nur um so tiefer in den Leib gerannt, ist nur

in einen um so tieferen Abgrund des Falschen und Widersprechenden hineingefallen, und wenn er zuletzt endlich atemlos, schweißtriefend, zitternd die tolle Jagd aufgeben muß, so ist es nur die Verzweiflung an der unmöglichen Aufgabe, die ihn bestimmt, endlich mit vor Resignation geschlossenen Augen bei einem Satze stehen zu bleiben, dem er selbst schon zwanzigmal widersprochen und dem er, wenn er noch weiter darüber fortführe, noch andere zwanzigmal widersprechen würde.

Zum Begriff, welcher keine zwei Seiten mehr hat, sondern für welchen dann die zwei Seiten des Verstandes eben nur sinnliche, täuschende, aus seiner inneren Einheit herausgeschickte Reflexionsaußenseiten sind, vermag der Verstand auf dieser tollen Jagd nie durchzudringen! Je mehr er sich ihm zu nähern scheint, desto mehr entfernt er sich von ihm. Denn es geht nicht mit dem Begriff wie mit der Königskrone, die David fand, als er ausging, seines Vaters Esel zu suchen. Wer nicht vom Begriff ausgeht, wird ihn nicht finden!

Einerseits sieht man jetzt erst, mit welcher Notwendigkeit die Savignysche Verstandesklarheit, dieses unaufhörlichen Widerspruches müde, das Persönliche in der Erbschaft nun auch bewußt aufgab (s. oben S. 26—35). Andererseits ist aber die geschilderte Selbstfolterung das höchste Stadium, zu dem es der Verstand bringen kann, und nur der höchste Verstand kann in diese Qual verfallen. Es läßt sich deshalb mit einem ganz anderen Rechte, als dasjenige ist, mit welchem Huschke dem Vermögen das „Sehnen" nach Wiederbelebung zuschreibt, dieser Aufsatz als ein Sehnen des Verstandes nach dem Begriff charakterisieren!

Der Huschkesche Aufsatz stellt insofern seinerseits einen der stärksten Beweise für die Wahrheit und Objektivität unserer Auffassung und Entwickelung des Erbrechtes dar, und bekräftigt jetzt auf das entschiedenste das, was wir schon sub Nr. I über die Selbstauflösung in den bisherigen Ansichten über das Erbrecht nachgewiesen haben.

Nicht indes zum Zweck dieses literarhistorischen Beweises, den unsere Arbeit, die zu ihrem wahrhaften Beweis das gesamte Material des römischen Erbrechtes hat, entbehren könnte,

haben wir diese Physiologie des Verstandes geschrieben. Wir haben sie vielmehr geschrieben einzig um der Hoffnung willen, dadurch vielleicht mindestens den jüngeren Juristen an dem Beispiel jenes scharfsinnigsten Mannes bis zur Evidenz klar zu machen, zu welcher notwendigen Resultatlosigkeit sie ihr Streben verdammen, wenn sie sich nicht der Methode bemächtigen, die allein Erkenntnis hervorbringen kann.

XLI. Die religiöse Substanz und die pelasgisch-etruskische Vorzeit.

Schon im Anfang dieser Untersuchung, seitdem wir das Testament als die „römische Unsterblichkeit", als die Unsterblichkeit der Willenssubjektivität entwickelt, war bereits der religiös-metaphysische Grundcharakter des römischen Erbtums bloßgelegt, und von allen Seiten aus hatte uns die Untersuchung immer von selbst wieder darauf zurückgeführt und diese religiös-metaphysische Anschauung als die gestaltende und produzierende Stelle des erbrechtlichen Stoffes erwiesen.

Allein noch haben wir nur diese religiöse Substanz in dem realisierten Ausdruck betrachtet, den sie sich im Recht gibt; noch haben wir sie nicht in ihrer eigensten und ursprünglichsten Heimat aufgesucht, noch haben wir sie nicht als religiöse Substanz oder im Gebiete des Religiösen selbst betrachtet und nachgewiesen. — Dies ist es, was noch übrig bleibt. Wenn unsere Lehre richtig sein soll, so wird sich auch noch nachweisen lassen müssen, wie dasselbe, von dem wir gesehen haben, daß es im Erbrecht herausgesetzt und entwickelt ist, auch schon in der spezifisch-römischen Religionssubstanz in embryonisch-zusammengefaltetem Zustand typisch vorhanden ist. Als die Grundlage dessen, was sich im Recht und zum Recht nur entwickelt, würde dieser Nachweis nach streng logischer Konsequenz selbst formell den Ausgangspunkt unserer Un-

tersuchungen haben bilden, und noch vor der Behandlung der sacra (Nr. II) seine Stelle haben finden müssen.

Allein das logische Interesse trat hier in zu großen Gegensatz mit der psychologischen Rücksicht auf den Leser, um dieser nicht aufgeopfert zu werden. Wer die Organisation des entwickelten Menschen kennt, mag bei scharfer Betrachtung sie im Embryo vorbildlich wiederfinden können. Niemals aber wird umgekehrt, ohne die Beziehung auf jene schon bekannte entwickelte Gestalt, das im Embryo Enthaltene verstanden zu werden vermögen. Diese Betrachtung also kann jetzt erst statthaben. Dazu aber, sie überhaupt vorzunehmen, drängt auch noch eine andere Erwägung.

Wir haben darauf ausgehend, das römische Erbrecht zu begreifen, die Geschichte des römischen Geistes geschrieben. Wir haben gesehen, was der römische Geist ist, das kulturhistorische Prinzip der subjektiven Willensunsterblichkeit, das er darstellt und das ihn befähigt, der welthistorische Vorgänger der subjektiven Geistesunsterblichkeit, oder des Christentums zu sein; wir haben gesehen, wie er mit diesem Begriff von Haus auf auftritt, wie er sich vermöge der, in ihm selbst liegenden Keime und Bewegungsgesetze diesen seinen spezifisch-römischen, oder, was dasselbe ist, zivilistischen Begriff mehr und mehr in den geschilderten einzelnen Phasen seiner Bewegung abreiben, und in dieser fortlaufenden Entnationalisierungsarbeit endlich sich selbst zu jenem geistigen jus gentium, zu jenem allgemein-menschlichen und kosmopolitischen Residuum seines Prozesses entwickeln muß, in welchem er selbst, nach seiner historisch-geistigen Bestimmtheit, in sein striktes Gegenteil untergegangen, und so nur noch — aber auch so gerade — zu dem geeigneten Boden geworden ist, den christlichen Geist in sich auf-

zunehmen. Der römische Geist vollbringt also auch in seiner Bewegung nichts anderes als dies, sich auch realiter dahin fortzubewegen, als dessen Vorstufe er sich seinem eigenen Begriffe nach uns von Haus aus bestimmt hatte. Er vollbringt in seiner Geschichte und Bewegung nichts anderes, als dies, diesen logischen Zusammenhang seines Begriffes durch die eigene Dialektik desselben auch weltgeschichtlich zu erfüllen.

Allein für eine Geschichte des römischen Geistes reicht es noch nicht hin, seinen Inhalt, die Phasen und Stadien seiner Bewegung und sein Ende aufgezeigt zu haben. — Wie das Wohin desselben, wäre es auch noch erforderlich, sein Woher nachzuweisen. Um die ganze kulturhistorische Rolle und Bedeutung des römischen Geistes zu überblicken — und dies allein heißt die Geschichte eines historischen Volksgeistes geben — wäre es auch noch erforderlich, die Anfänge desselben, oder das Woraus, aus welchem sich dieser bestimmte historische Geistesbegriff entwickelt hat, nachzuweisen. Als das Woraus seines Entstehens fallen diese Anfänge nicht mehr in die Zeit und Bewegung seines Entstandenseins oder in seine Geschichte. Dem entsprechend haben wir auch bereits früher (S. 528—535) die Notwendigkeit erkannt, daß und warum die Idee des testamentarischen Erbtums nichts innerhalb der römischen Geschichte Entstandenes ist und sein kann, sondern die Physiognomie bildet, welche dieser bestimmte Geist sofort an sich trägt, als er auftritt. Gerade wie beim einzelnen Menschen selbst die Anfänge, aus denen er entstanden, nicht mehr in den Anfang seiner eigenen Bewegung — seines Lebens — hineinfallen, sondern diesem vorhergehen und nur in dem in einem anderen Leben vorhandenen embryonischen Zustande gegeben sind, aus welchem sich dieses Individuum

entwickelt hat, welcher aber nicht mehr innerhalb des eigenen Lebens dieses Individuums fällt, gerade so auch bei einem Volksgeiste. Das Woraus seines geistigen Entstandenseins fällt hiernach nicht mehr in die Zeit, sondern in die Vorzeit, nicht in die Geschichte, sondern in die Urgeschichte dieses Volkes.

Erst so in jenem vorgeschichtlichen Woraus seiner Entstehung begriffen, würde dieser historische Geist völlig erkannt sein. Denn dann erst würde die kulturhistorische Schlagader bloßgelegt sein, welche er in der Geschichte des menschlichen Geistes überhaupt bildet, die beiden äußersten Enden, die seine Bewegung in diesem vernünftigen Organismus miteinander verbindet.

Diese geistige Vorzeit und Vorgeschichte eines Volkes ist wiederum nur aus seiner Religion erkennbar, in welcher stets die ältesten Erinnerungen einer Nation über sich, und die elementaren Mächte ihres Ursprunges und Bildungsprozesses aufbewahrt sind. Wird aber mit wahrhaft kritischem Blick zu Werke gegangen, so müssen sich gerade bei den Römern diese geistigen Urstoffe aus dem religiösen Gebiete um so bestimmter erkennen lassen, als der römische Geist, der überhaupt nicht im Religiösen — sondern im Rechte — den Höhepunkt seiner Bedeutung und Entwickelungsarbeit hat, nie sehr weit gegangen ist in der Umbildung seiner ursprünglichen religiösen Elemente, sie vielmehr hauptsächlich nur mit dem später von ihm akzeptierten griechischen Mythenstoffe in ein buntes Konglomerat mehr durcheinandergeworfen und ihnen assimiliert hat, aus welchem sich jene bei einem gesetzmäßig zu Werke gehenden kritischen Unterscheiden mit großer Sicherheit heraussondern lassen.

Zwar ist uns sehr wohl bekannt, welche Vorurteile wir durch diese Untersuchung gegen uns erregen, welche Vor-

urteile wir schon durch die Überschrift dieses Kapitels erregt haben können, und wie wir hierdurch selbst den Erfolg unseres eigenen Werkes zu gefährden scheinen.

Denn bisher wird man uns vielleicht zugegeben haben, daß jeder Schritt in der Begriffsentwickelung nur ein Schritt im positiven Stoffe, jeder Schritt im positiven Stoffe nur ein schrittweises Herausspringen der Idee war, und daß hier somit Philosophie und der Positivismus des empirischen Stoffes ihre Gegensätzlichkeit gegeneinander verloren haben.

Die Zurückführung eines so positiven und scheinbar selbständigen Gebietes aber, wie das Rechtsgebiet ist, auf das Dunkel religiöser Ahnungen, das Sprechen von einem vorgeschichtlichen pelasgischen Urgrunde, da uns doch im Recht nichts über das Zwölftafelgesetz Hinausgehendes historisch bekannt, und somit scheinbar von einem Beweise gar keine Rede ist, kann sich als ein so überkühnes Tun darstellen, daß darin der träumerische Charakter der Philosophie nun doch wieder offen hervorzutreten, und durch seine Ungunst auch die bisher gewonnenen Resultate zu gefährden scheint.

Wir sind um diese Einwürfe und diese Gefahr sehr unbekümmert.

Das Recht ist wie die Religion ein geistiges Produkt. Der Geist selbst aber ist eine Einheit, und darum kann alles Geistige nur in der Einheit, die es in ihm hat, eben deshalb aber nur durch die Einheit der Wissenschaften wahrhaft begriffen werden. Und was jene mangelnden Beweise für die römische Vorzeit betrifft, so verhält es sich damit so, wie Schelling[1]) bei einer ähnlichen

---

[1]) Einleitung in die Philosophie der Mythologie, Werke. Abtlg. II. T. I. S. 112.

Gelegenheit sagt: Es gibt einen Glauben des Forschers, der darin besteht, daß trotz aller Unbilden der Zeit für alles die Beweise noch vorhanden sind.

Und sie sind vorhanden, und in einem viel reicheren Grade als hier, wo wir, die strengste Selbstbeherrschung übend, uns auf das Notdürftigste beschränken müssen, entwickelt werden kann.

So viel wird von selbst klar sein, daß jene, von uns längst nachgewiesene religiös-metaphysische Grundanschauung des römischen Erbtums, jene überall dargelegte Verbindung des Testamentes mit den religiösen Ideen überhaupt, im Gebiete des Religiösen selbst nirgends anders ihre substantielle Wurzel haben kann, als in dem alten Manen- und Larenkultus, welcher auch in voller Übereinstimmung hiermit überall als der spezifischste Mittelpunkt römischer Religion hervortritt und mit den sacris privatis in enger Verbindung steht.

Es ist, wie bereits bemerkt, nicht möglich, diesen ebenso dunkeln, als interessanten Gegenstand in vollster Ausführlichkeit zu behandeln und zu gestalten, was vielmehr eine selbständige Arbeit erfordern würde.

Aber die umfassendsten Hauptgrundlagen seiner inneren Übereinstimmung mit dem von uns entwickelten Begriff müssen gelegt, es muß nachgewiesen werden, wie in diesen römisch-italischen Religionswesen nur derselbe Begriff vorliegt, den wir als den Begriff des Erbtums entwickelt haben: die durch keinen Tod aufgehobene Fortexistenz der subjektiven Willensindividualität.

So tritt zuvörderst, ganz abgesehen natürlich von der sehr gleichgültigen Richtigkeit der Etymologie, jetzt als ein entscheidendes Moment für den Begriff des Manentums hervor, daß die Manen schon im Altertum definiert werden von manere, als die Bleibenden, Beharrenden, wie

Martianus Capella[1]) uns berichtet. Sie sind nicht Tote, Gewesene. Sie sind Bleibende, sie sind und bleiben dasselbe, was sie waren; sie sind und bleiben — und das ist ihr großer und spezifischer Unterschied in der Gesamtdämonologie des Altertums — geistige Individualitäten, d. h. übereinstimmend mit dem, was sich uns oben[2]) als der römische Begriff der Geistesindividualität bestimmt hat, Willenssubjekte, und darum auf die Außenwelt als ihren Gegenstand bezogene Willenssubjektivitäten. Sie verlieren diese Willensspannung auf den einzigen und notwendigen Gegenstand des Willens, die Außenwelt — so sehr dies ihr unterscheidendes Wesen von den Mythologen übersehen worden ist, die sie stets mehr oder weniger in das allgemeine Dämonenwesen des Altertums untergehen lassen —, auch mit dem Tode nicht, und lehrreicher als Bücher ist hierin die eine Stelle des Livius[3]): „Pace parta instare tunc tribuni Patribus, ut *P. Valerii fidem exsolverent,* instare Claudio, *ut collegae Deos manes fraude liberaret.*"[4])

Vor allem aber ist bei einer systematischen Durchdenkung dieses Gegenstandes auf eins zurückzugehen, auf die Sitte der Bestattung der Leichname. Es ist einer der genialsten Blicke, welche Creuzer geworfen hat, wenn er[5]) sagt, es stelle „das Begraben oder das Verbrennen der

[1]) De nupt., § 162, p. 217, ed. Kopp.

[2]) Siehe oben S. 34, 40, 45 fg., 551 fg.; vgl. Nr. XIII.

[3]) III, c. 19; I, 613, ed. Drakenb.

[4]) Während in der homerisch-griechischen Götterwelt der Tote ein bewußtloser und erinnerungsloser Schatten ist, der erst mit dem Lebensquell, dem Blute, das ihm Opfernde zu trinken geben, das Fürsichsein, die Erinnerung an sein oberweltliches Dasein wiedererhält. Das festere Haften der Subjektivität in dem römischen Geiste ist hier unverkennbar.

[5]) Symbolik und Mythologie, 3. Ausg., I, 145.

Leichname zwei ganz verschiedene religiöse Volksansichten dar, und in dieser Differenz liegt ein Hauptkriterium der Völkerabkunft und der Verschiedenheit der Stämme bei größeren Nationen". In der Tat wird nicht geleugnet werden können, daß es nichts so Entgegengesetztes gibt, als z. B. die ägyptische Sitte, durch das Mumisieren der Leichname die Individualität des Toten in geschlossenster Weise zu bewahren, und die griechische Sitte des Verbrennens der Leichname. Schon die Alten wußten das, und führten diese Verschiedenheiten auf Gegensätze in der geistigen Gesamtanschauung der Völker und theosophischen Systeme zurück, wie z. B. Servius in Virg. Aeneid., III, 68, die Sitte der Verbrennung daraus fließen läßt „ut statim anima in *generalitatem,* id est *in suam naturam rediret*".[1])

Gehen wir nun nach dieser Vorbemerkung auf die römische Sitte der Totenbestattung zurück, so hat schon Zoëga [2]) nachgewiesen, daß in der ältesten Zeit die Römer, wie die alten Italier überhaupt, ihre Toten nicht nur begruben, sondern in ihren Wohnhäusern begruben. Und schon Servius [3]) und Isidorus [4]) berichten, daß dies seinen Grund in der alten Laren- und Manenreligion gehabt habe, um den Geist des Abgeschiedenen bei sich zu haben und seiner besonderen Obhut und Hilfe um desto sicherer zu sein [5]). Sonach erscheint aber schon hier der Geist des

---

[1]) Siehe meine Philosophie des Herakleitos, I [VII], 510, und die anderen daselbst bezogenen Stellen des Servius, Tertullianus und J. Lydus.

[2]) De obeliscis, p. 269.

[3]) In Virg. Aeneid., V, 64; VI, 152.

[4]) Origg., XV, 11.

[5]) Vgl. hierzu und über die Larenreligion überhaupt Jeremias Müller, De diis Romanorum Laribus et Penatibus (Kopen-

Abgeschiedenen in einer besonders engen Beziehung auf den früheren realen Schauplatz seines Wirkens und Schaltens, auf den Schauplatz seiner Willensherrschaft.

Zwar kann es scheinen, daß wir hier noch kein spezifisch-römisches Prinzip gewonnen haben. Denn Plato[1]) erzählt uns, daß auch die Griechen ihre Toten ursprünglich im Hause begruben. „Ja, die noch älteren als jene begruben ihre Toten im Hause, wir hingegen tun nichts hiervon" (*οἱ δ'αὖ ἐκείνων πρότεροί αὐτοῦ καὶ ἔθαπτον ἐν τῇ οἰκίᾳ τοὺς ἀποθανόντας· ἡμεῖς δὲ τούτων' οὐδὲν ποιοῦμεν*). Allein gerade hierdurch ordnet sich dieser Gegenstand zu einer systematischen Klarheit. Denn wenn man die Stelle in ihrem Zusammenhange betrachtet, so zeigt sich unwidersprechlich, daß Plato hier von einer Urzeit spricht. In dem Satze vorher spricht er bereits von den „vormals" (*πρότου*) bei den Hellenen bestanden habenden Gebräuchen des Opfernachschlachtens vor dem Heraustragen der Leichname und des Herbeiholens der *ἐγχυτρίστριαι*, d. h. wie Boeckh[2]) nachgewiesen hat, von dem bereits uralten und schon von Solon abgeschafften Dienst der Weiber, die das ossilegium besorgten (die Gebeine der verbrannten Leichname in eine Urne sammelten; Knochenleserinnen, wie es Schleiermacher übersetzt). Wenn nun Plato sagt, daß „die noch früheren als jene" die Sitte des Totenbegrabens im Hause gehabt, so läßt sich also an nichts als eine Urzeit denken, somit an eine — pelasgische Zeit.

---

hagen, 1811), S. 67 fg.; K. O. Müller in seinen Etruskern, Buch III, Kap. 4, und Creuzer, über die Gottheiten der Etrusker, Symbol. und Mythol., 3. Ausg., III, 553 fg.

[1]) Minos, p. 315, E.

[2]) In Platon. Min., p. 57.

Und nun wäre allerdings sofort eine Grundlage von höchster innerer Übereinstimmung gegeben, eine Grundlage, die weitgreifender und zusammenhängender ist, als wir sie zunächst hier verfolgen können, auf die uns aber der Lauf der Untersuchung später von selbst vielleicht wieder zurückführen dürfte.

Das pelasgische Zeitalter der Völkerstämme, die sich später zu Hellenen und Römern entwickeln, steht noch, bei beiden übereinstimmend, unter der Sitte einer grobsinnlichen Bewahrung der Individualität des Toten.

Aber die Entwickelung von dieser gemeinschaftlichen Wurzel aus ist eine verschiedene und dem allgemeinen Entwickelungsgang beider Völker vollkommen entsprechende. Während bei den Griechen in frühester Zeit, mit ihrem Hellenisierungsprozeß selbst, die Sitte um sich greift, die Leichname zu verbrennen und so, wie Servius sagt: „die Seele in das Allgemeine als in ihre Natur zurückkehren zu lassen," wird in Rom sogar das Begraben in den Häusern erst durch das Zwölftafelgesetz verboten „hominem mortuum *in urbe ne sepelito, neve urito*"[1]). Das Begraben selbst erscheint hier noch auf gleichem Fuß, und ihm sogar vorangehend, mit dem Verbrennen, ja diese grobkörnige Grundlage haftet in dem Individualismus des römischen Volksgeistes so fest, kämpft in der nationalen Substanz desselben so zäh gegen den neuen Gebrauch an, daß fast bis ans Ende der Republik die Mitglieder der Gens Cornelia sich noch beerdigen lassen (Cicero, De leg., II, 22: „gentemque Corneliam usque ad memoriam nostram hac sepultura scimus esse usam").

Allein Römertum wie Hellenentum haben ihre Bedeu-

[1]) Cicero, De legg., II, 23.

tung nicht in dem, wovon sie ausgehen, sondern in dem, wozu sie diese Grundlage umgestalten. Und wie die Tat und Bedeutung der Hellenen die ist, das Sinnliche und Materiell-Natürliche orientalischer Anschauung, das beiden Völkern als gemeinschaftlicher verschwindender Ausgangspunkt und Substrat ihres Umformungsprozesses dient, zu objektiv-geistiger Bedeutung zu verklären, zu allgemein sittlich-geistigen Potenzen zu verinnerlichen, und damit zur Gestalt, zum objektiv-Idealen und, auf der höchsten Spitze dieser Leistung, zur Idee durchzubrechen (vgl. hierüber meine Philosophie des Herakleitos, I, 196—202, 554—561, 60, und an vielen anderen Orten daselbst), — so besteht die Tat und Bedeutung des anderen pelasgischen Entwickelungszweiges, des Römertums, darin, diese sinnlich-natürliche Substanz, von der sie ausgehen, zu der noch intensiveren Innerlichkeit des für sich seienden Willens, der Willenssubjektivität, zu entwickeln. Die abgeschiedene Individualität des Toten ist bleibende, unvergängliche Willensinnerlichkeit, unsterbliche Willenssubjektivität. Aber sie ist gerade durch den Tod reine Willenssubjektivität geworden[1]; nach ihrer sinnlichen Gestalt hin, in ihrer eigenen Verwickelung mit dem Stofflichen, ist sie aufgehoben. Darum kann auch dies Aufgehobensein des Sinnlichen an ihr gesetzt werden, und der Verbrennungsprozeß der Toten (zu Macrobius' Zeit war er bereits wieder außer Gewohnheit gekommen, Saturnal., VII, 7) kann hier Eingang finden und herrschend werden. Aber was so an ihnen aufgehoben ist, ist nur ihre Vermischung mit

[1]) Vgl. über das Verhältnis der einzelnen sinnlichen Willensakte zu der durch sie hindurchgehenden allgemeinen Willenssubjektivität oben sub Nr. II.

dem Sinnlichen und Stofflichen an ihnen, wodurch sie jetzt erst gerade als reine Willensherrschaft, als reine Willenssubjektivitäten hervortreten. Darum bleibt auch nach der Beerdigung der Leichnam außer dem Hause, und nach der Verbrennung derselben immer das Haus, in welchem ihnen das Lararium, die Hauskapelle, als Sitz ihres geistigen Wesens eingeräumt wird, der unmittelbare Ort ihrer geistigen Willensherrschaft [1]). Das Haus, die Stätte ihres Schaltens, dieses Stück der Wirklichkeit, das ihrer Willensherrschaft im Leben unterworfen war, dieser unmittelbare Schauplatz ihres Regierens, er bleibt ihnen als die Außenwelt, auf die sie bezogen sind, die sie fortfahren zu regieren und zu beherrschen, und in dem Zentralpunkt dieser Stätte, auf dem Herde, wird ihnen geopfert.

Der abgeschiedene Geist also als bleibende für sich seiende Willenssubjektivität ist Mane, Deus Manis. Dieser selbe Geist gedacht in seiner bleibenden besonderen Beziehung auf den früheren Schauplatz seines Wollens und Herrschens — so ist er Lar. Dies ist das nun hoffentlich sehr klare und sich von allen Seiten bestätigende Begriffsverhältnis beider Wesenklassen zueinander. Dasselbe ist noch mythisch-genealogisch vollständig klar ausgedrückt, indem die Göttin Mania als Mutter der Laren genannt wird: s. Macrobius, Saturnal., I, c. 7, p. 232, ed. Bip. (wo noch eine von den nicht seltenen Spuren des alten grausen Menschenopferkultus, durch welchen die Manen besänftigt wurden, hervortritt: „. . . ut pro familiarum sospitate pueri mactarentur Maniae Deae matri Larum“), und Varro ap. Arnob. adv. gent., III, c. 41, p. 131, ed. Or.

---

[1]) Über die Lararia siehe J. Gutherius, De vet. jure Pontificio, III, 10, in Graevii Thesaur. Antiqu. Rom., V, 139.

Diese bleibende Willensherrschaft über die Stätte ihres Gewesenseins, über das Stück realer Außenwelt, das unmittelbar ihrem Herrscherwillen unterworfen war, ist es, welche sich überall als das hervorstechende und charakteristische Wesen der Laren kundgibt. In allen ihren Benennungen bereits tritt dies frappant hervor. Praestites, *Πραιστίται, Προεστῶτες* [1]), Vorsteher also, werden sie genannt, denn dies ist eben ihr Wesen, bleibend selbständige Subjektivitäten, nach wie vor Willensherren, herrschende Gebieter dieses Machtbezirkes zu sein. Von dem Namen Lar selbst ist aus dem Tuskischen — welches ja die anerkannte Quelle des römischen Larenkultus ist — nachgewiesen (s. Jeremias Müller, De diis Romanorum Laribus et Penatibus [Kopenhagen 1811], S. 53 fg.; vgl. Lanzi, Saggio di Ling. Etrusca, II, 283—286; Döderlein, Handbuch der lateinischen Etymologie, S. 95), daß es gar nichts anderes als Fürst, Herr, *προστάτης, princeps* heißt; also (Döderlein, a. a. O., will sogar mit Bezug auf die Form Larth das englische „Lord" parallelisieren) soviel wie Gebieter, Herr überhaupt und absolut, ohne besondere Beziehung auf ein Eigentum, als Ehrentitel, Willensherr schlechthin. (Man vergleiche hier, was wir S. 305, Note 1, über Etymologie und Bedeutung von heres gesehen haben.) Es ist dies allgemein anerkannt und kann auch gar nicht geleugnet werden. Denn noch tritt in den Namenszusammensetzungen: Lar-Porsenna, Lar-Tolumnius (s. Cicero, Phil., IX, Kap. 2) diese Titelbedeutung als Herr, Gebieter, tatsächlich hervor. Vgl. K. O. Müller, Etrusker, II, 90 fg.: „Daß die Laren dem tuskischen Glauben angehören, davon über-

---

[1]) Plutarch, Rom. Quaest., LI, II, 132, ed. Wytt. — Ovid, Fast., V, 133.

zeugt schon der Name, da sowohl Larth wie Lars bei den Etruskern gewöhnliche Vornamen waren, die aus einem Ehrennamen entstanden sein müssen"[1]).

So bleiben sie denn absolute Herren und Regierer dieses Schauplatzes ihrer Willensherrschaft, auf welchem nichts mehr wider ihren Willen vorfällt, und so werden sie zu Schutzgöttern, zu Wächtern und Bewahrern des Hauses (dii aedium custodes, oder *tectorum domuumque* custodes, Bewahrer der Dächer und Häuser, wie es bei Arnobius, Adv. gent. l. l., heißt); sie verleihen somit den Familienschutz, werden *lares familiares,* und insofern dieselbe Familie forterbend das Haus ihrer Vorfahren bewohnt, scheinen sie somit zu Familiengottheiten geworden zu sein.

Aber dies ist der erste der beiden äußerst wesentlichen Irrtümer, in welche die Altertumsforscher ganz allgemein in bezug auf die Laren verfallen sind, und der sie verhindert hat, das Wesen derselben in seiner Wahrheit zu erfassen. Denn so häufig auch von den Laren bei den alten Schriftstellern in einem Sinne und Zusammenhange die Rede ist, welcher auf den Begriff der Vorfahren und, was uns so natürlich damit zusammenzufallen scheint, der Familienvorfahren hinweist, so ist doch nur das erstere der Fall, daß sie freilich immer Vorfahren überhaupt, d.h. Gewesene bedeuten, mit den Familienvorfahren aber nur da und nur so lange zusammenfallen, als dieselbe Familie im Besitz desselben Hauses ist. Mit anderen Worten: Es ist in diesen Wesen — und darin besteht der Irrtum, von dem wir sprechen — auch nicht im geringsten die Idee der Familienabstammung, der

[1]) Vgl. daselbst, I, 405: „Tuskische Fürsten heißen fast immer Lars, und man konnte daher leicht Lars für eine Bezeichnung der Fürstenwürde halten."

Familiensubstanz vorhanden (so wenig wie im römischen Erbrecht, wie wir von diesem auf das genaueste nachgewiesen haben); sondern nur dies ist ihr Begriff, die schaltenden Willensherren der von ihnen fortbeherrschten Stätte zu sein. Nur an den Ort, das Haus, nicht an die Familie sind sie gebunden. Wäre die Blutseinheit der Familie ihr Begriff, so würden sie den durch das Band der Abstammung mit ihnen Verknüpften angehören. Sie wären im Besitz der Familie, aber sie wären nicht mehr die Schaltenden, die Machthaber, die „Mächtigen", „Potentes" (Lares Coilo Potentes), wie Inschriften sie nennen[1]).

Am deutlichsten kommt diese Unterscheidung zum Austrag, wenn die reale Trennung von Ort und Familie eintritt. Hier kommt auch der angegebene Begriffsunterschied zu seinem realen Beweis. Der Lar verbleibt nicht der Familie, sondern der Lar verbleibt dem Ort, weil vielmehr der Ort ihm verbleibt; die fortziehende Familie verliert ihn (wodurch sich die Laren beiläufig sehr deutlich von den Penaten unterscheiden, mit denen sie durchaus nicht identisch sind), und der neue Hausherr, der das Haus verkauft hat, übernimmt die Laren des Ortes und ihren Kultus, wie z. B. bei Plautus[2]) der neue Hausherr die Laren des eben von ihm gekauften Hauses bekränzt — eine bis in späte Zeiten[3]) fortdauernde Sitte — und an-

---

[1]) Siehe Ezech. Spanheim, De Vest. et Prytan. Graec. in Graevii Thesaur. Antiqu. Rom., V, 686 fg.

[2]) Trinum., I, 2, v. 1:

Larem corona nostrum decorari volo.
Uxor, venerare, ut nobis haec habitatio
Bona, fausta, felix, fortunataque eveniat.

[3]) Vgl. die Commentt. Herodot. von Creuzer, I, 235, Note, und über die Lokalitäten dieser Culte Raoul-Rochette, Lettre

fleht, daß ihm die neue Wohnungsstätte glückbringend sein möge. Der Lar fährt also fort, die Stätte zu beherrschen. Die fortziehende Familie verliert mit dem Orte auch seine Laren, und darum kann Catilina bei Sallust[1]) den ruinierten Verschwörern, die er durch Vergleichung ihres elenden Loses mit der Lage der Reichen zur Wut reizen will, zurufen: „nirgends auf der ganzen Welt hätten sie einen *lar familiaris* mehr." Und darum, wegen dieses unpersönlichen Verhältnisses, welches seitens der lebenden Hausherren zu ihnen, die für sie nicht Ahnen, sondern nur Abgeschiedene überhaupt sind, besteht, kann sie der Kirchenvater M. Minucius Felix[2]) mit den unbekannten Gottheiten zusammenstellen und zu ihnen rechnen: „... dum aras exstruunt, etiam *ignotis numinibus et manibus.*" So zeigt sich denn also ganz scharf und bestimmt, wie unrichtig und den Begriff der Laren ganz entstellend es ist, wenn Creuzer[3]) von ihnen sagt: „Über dem Strahlenpunkt jeder individuellen Personalität, dem Charakter und dem Sinn jedes Menschenlebens schwebet als Herr und Regierer ein Genienpaar, wovon der eine sorgsam und freundlich über die ihm anvertraute Seele wacht usw." Nichts ist dem ursprünglichen Wesen des tuskischen Lar fremder, als eine solche Beziehung auf die „individuelle Personalität des Menschen" oder dieser zu ihm; nichts ist seinem ursprünglichen Wesen mehr entgegenstehend, als ein solches positives fürsorgendes Verhältnis zu einer „ihm anvertrauten Seele". Es wird hier in den Geist orientalischer Dämono-

---

à Mr. Panofka, in den Annales de l'Institut de France, III, 415 fg.

[1]) Catilin., c. 20.

[2]) Octav., c. VI, p. 31, ed. Lindn.

[3]) Symbolik und Myth., a. a. O., III, 556.

logie und Genienlehre überhaupt hineingefallen und der Begriff dieser altitalischen Wesen gänzlich verkannt. Der Lar hat überhaupt in seinem Begriff keine direkte Beziehung auf die „menschliche Personalität" des Hausherrn, sondern er ist dies, bleibender Schalter des Ortes seiner früheren Herrschaft, der auf diesen bezogene fortexistierende Willensherr und Gebieter zu sein.

Der zweite Hauptirrtum, von dem man sofort sehen wird, wie eng er mit dem ersten zusammenhängt, ist folgender:

Diese machthaberische Beziehung des Lar auf den bestimmten Ort trat natürlich in allen Nachrichten der Alten viel zu sehr und zu charakteristisch in den Vordergrund, um gänzlich als Tatsache von unseren Altertumsforschern übersehen werden zu können. In dieser Tatsächlichkeit ist sie vielmehr als das Wesen des Lar allgemein anerkannt. Siehe z. B. K. O. Müller, Etrusker, II, 90 fg.: „Auch in bezug auf die Götter war Lar bei den Tuskern und Römern eine sehr umfassende Ehrenbenennung, die schwerlich eine bestimmte Anzahl von Personen bezeichnete, bei der aber der Schutz und Vorstand eines bestimmten Bezirkes (daher lares praestites) offenbar das Charakteristische und die Hauptsache war." Aber das ist alles, was er hierüber sagt. Auch Creuzer ist weit entfernt, diese Tatsächlichkeit zu übersehen (s. a. a. O., S. 556 fg., S. 561). Aber es fragt sich nur wieder, wie man die Tatsache auffaßt, was man als ihre geistige Begründung denkt. In den Darstellungen der bildenden Kunst erscheint als das Attribut der Laren der Hund (s. die bei Creuzer, a. a. O., S. 565, 569, angeführten Denkmäler) und, gleichviel welches das Alter dieser Darstellungen sein mag, eine spätere deutungssüchtige Zeit faßt dies schon bei den Alten als ein Symbol ihrer

Treue auf gegen das Haus, als schützende und wachende Hausgötter, furchtbar, feindselig gegen Fremde, zahm, linde, mild gegen die Bewohner des Hauses. Und das soll auch nicht geleugnet werden, daß sie *später* allmählich — und wir werden noch einen Blick darauf werfen, wann und wie — diese Umbildung im Volksglauben erfahren haben. Aber von ihrem *ursprünglichen, eigentlichen* und immer wieder durchblickenden Wesen ist das *sehr weit* entfernt! Wenn im Hund ein Symbol der Treue zu liegen scheinen kann, weil der Lar dem Ort treu bleibt, so ist zu bemerken, daß, wenn der Lar dem Ort treu bleibt, er nur *sich selber, seiner* Willensherrschaft über ihn treu bleibt, und hierbei also von Treue nicht die Rede wäre. Soll hier von Treue die Rede sein, so wäre vielmehr nur die *Treue des Ortes* zu bewundern, der immer noch den gestorbenen Willensherren anhängt und angehört. Wenn der Lar den Ort *bewacht* — und freilich tut er dies —, so ist zu bemerken, daß er dies ursprünglich durchaus nicht im plutarchischen Sinne tut, als ein schützender, wachender Haus- und Heilsgott, sondern er *bewacht* ihn als das ihm untergebene *Machtgebiet*, und so allerdings auch *eifersüchtig* und *abwehrend* wie ein Hund das *Seinige*.

In jenem plutarchischen, milden Sinne fassen die Altertumsforscher sehr irrig das ursprüngliche Wesen des tuskischen Laren. Wenn Creuzer also (a. a. O., S. 556) zur Erklärung desselben sagt: „Auch wo Menschen beisammen wohnen, ist unsichtbar ein Genius gegenwärtig. Das liebe Gut, das wir unter der Vaterstadt zu denken pflegen, jenes heimatliche Gefühl, das uns bei ihrem Namen bewegt, eines wie das andere ist unter den Schirm des Genius gegeben. So auch das Vaterhaus. Jedes teuerste Gefühl, das ein Kind bei diesem Andenken empfinden mag,

jene Gewohnheit des Lebens in ihm von frühester Erinnerung an, die bergende Sicherheit, die stille Vertraulichkeit jedes Winkels, der ruhige Verlaß auf dies von den Vätern ererbte Eigentum, und wie die Beziehungen alle hießen mögen, sie alle sind in den Begriff des Lar (Lars, Herr) zusammengedrängt, der das Vaterhaus als unsichtbarer Gebieter bewohnet —", so ist in dieser schönen und gemütlichen Explikation auch nicht eine Seite des alten ursprünglichen Larentums getroffen. Nichts ist dem altitalischen Geiste fremder als diese Gemütsseite, die erst das Produkt sehr später und humanisierender Umbildungen ist, nichts ist dem alt-römischen Geiste weiter abliegend, ihm, der schon in seiner pelasgisch-etrurischen[1]) Anlage nur dies ist: Willenssubjektivität zu sein, und alles im substantiellen Keime in sich zu enthalten, was sich aus diesem Keim entwickeln wird.

Wir haben vielmehr gesehen, welches der ganz bestimmte Begriff der Laren ist. Er ist dies: fortexistierende selbständige Willenssubjektivitäten zu sein, fortherrschend in dem Machtbezirk, welcher die Stätte ihres Schaltens war. Der Deus Manis, gedacht als Lar, hat also direkt zunächst gar keine Beziehung auf den späteren Hausherrn. Er hat direkt, in seinem Begriffe, nur jene fortherrschende Beziehung des Willensherrn zu dem Ort. Nur indirekt, weil durch denselben Ort vermittelt, tritt er hierdurch in eine Beziehung auf den neuen Hausherrn desselben. Und aus dieser bloßen Betrachtung schon erhellt auf den ersten Blick, daß diese Beziehung ursprünglich keine sehr freundliche gewesen sein wird; daß sie

[1]) Nur für Leser, die zufällig diesem Stoffe fernstehen sollten, wird bemerkt, daß auch die alten Etrusker Pelasger sind, tyrrhenische Pelasger, wie sie von den Alten überall (auch Tyrrhener schlechtweg) genannt werden.

vielmehr eine negative sein muß, denn dieser neue Herr greift nun ein in das Machtgebiet des Abgeschiedenen, dessen Willensherrschaft gleichfalls als fortbestehend und bleibend gedacht wird, und verletzt dadurch dessen Recht. So ist die Kollision gegeben, und es ist ersichtlich, daß sie ursprünglich eine furchtbare sein muß, und nur durch furchtbare Abfindungen und Besänftigungen dies negative Wesen des Lar gegen den neuen Herrn überwunden werden kann. Und so tritt denn als das erste und ursprüngliche Verhältnis jenes negative Verhältnis der Laren hervor, welches die Mythologen ganz in den Hintergrund treten zu lassen pflegen. Es ist der Menschenopferdienst der Laren und der Mania [1]), das Schlachten der eigenen Kinder an ihren Altären für die Unversehrtheit der Familie: ... cum ludi per urbem in compitis agitabantur, *restituti* scilicet a Tarquinio Superbo *Laribus ac Maniae* ex responso Apollinis, quo praeceptum est, ut pro capitibus capitibus supplicaretur; idque aliquamdiu observatum, ut *pro familiarum sospitate pueri mactarentur Maniae Deae matri Larum;* Macrobius Saturn., lib. I, c. VII, p. 232, ed. Bip.

Der Lar ist also ursprünglich so wenig Familienwesen, daß, um ihm das Wohl derselben abzukaufen, die Kinder vielmehr geschlachtet werden.

---

[1]) Das starke Hervortreten des etruskischen Menschenopferkultus überhaupt wird gut hervorgehoben bei K. O. Müller, Etrusker, II, 108; vgl. daselbst S. 21, und Bd. I, S. 197, Note 28. Bekanntlich schlachteten nach Livius, VII, 15, die tuskischen Tarquinier einmal 307 von ihnen gefangene Römer ihren Göttern auf einmal zum Opfer. Müller bemerkt auch bereits, daß die römischen Menschenopfer tuskischen Ursprunges sind.

Und man bemerke wohl, was in der Stelle des Macrobius hervortritt. Schon während des Königtums ist dieser Kultus in Rom unterdrückt gewesen. Von dem etruskischen König Tarquinius wird er auf Grund eines Orakels des Apollo [1]) wiederhergestellt. Aber die zivilisierende Rolle der Republik stürzt mit dem Königtum auch diesen grauenvollen Kultus! Kaum hat Junius Brutus den Tarquinius vertrieben, so befiehlt er als Konsul, Mohn- und Knoblauchköpfe abzuschlachten, damit dem Spruche des Gottes Genüge geschehe. Und nun wird die Mania zu einem milden heilbringenden Wesen und „ihre Bildnisse vor den Türen der Familien aufgehängt, um Gefahr, die ihnen bevorstände, zu beschwichtigen" (s. alles dies bei Macrobius, a. a. O.).

Aber noch immer stürmt hin und wieder das negative Wesen des Laren in seiner alten Furchtbarkeit wieder an, und immer tritt in den Überlieferungen der alten Schrift-

---

[1]) Wer dieser Apollo, von dem Macrobius erzählt, gewesen, daß er nämlich selbst niemand anders als der tuskische Manengott Dispater gewesen, läßt sich mit Sicherheit feststellen. Auf dem Berge Soracte befand sich ein Heiligtum, den Diis Manibus und besonders dem Dispater geweiht, wie uns Servius (in Virg. Aeneid., XI, 785) berichtet. Virgil selbst aber (XI, 786) läßt einen Tusker beten:

Summe deum, sancti custos Soractis Apollo
Quem primi colimus.

Die von K. O. Müller, das. II, 68 fg., merkwürdig gefundene Identifizierung von Dispater und Apollo, die er aus dem zufälligen Zusammentreffen erklärt, daß dem Apollo bei den Griechen die Wölfe heilig waren und die Priester des Soranus von Wölfen den Namen trugen, erklärt sich vielmehr sehr natürlich aus seiner eigenen negativen Nachtseite, jenem Prinzip des Verderbens, das dem Apollo von seinem orientalischen Ursprung her eigen ist; siehe hierüber meine Philosophie Heraklits, I, 198 fg.

steller selbst hervor, daß es die Grundlage tuskischer Substanz in der römischen Religion ist, welche durch ihre Beschwichtigung und Versöhnung hindurch wieder zum Vorschein zu kommen versucht. Als sich der bekannte Abgrund öffnet, in den sich Curtius dann stürzt, um ihn zu schließen, da verkünden, wie uns Varro erzählt, die von den Römern bekanntlich nur aus den Etruskern genommenen Haruspices, durch ein Senatuskonsult um Rat gefragt, daß es der Manengott sei, welcher als Sühnopfer fordere, daß ihm der tapferste Bürger geopfert werde [1]): „et id ex Sen. Cons. ad aruspices relatum esse, responsum *Deum Manium* postilionem postulare id, civem fortissimum eo demitti."

Und noch lange [2]) durchzittert den Volksgeist die nie ganz verlöschende Erinnerung an das frühere Wesen dieser bleibenden Willensherren! Je mehr sich spätere Schriftsteller bestreben, sie als die Milden, Linden und Guten, als Segen und Heilsquellen der Familien zu schildern [3]), und je mehr alte Etymologien dies schon in ihren Namen legen, indem sie denselben von dem alten mane, gut, erklären [4]), um so mehr beruht dies auf demselben alten scheuen Euphemismus, der die Erinnyen als die „Wohlgesinnten" als Eumeniden darstellt. Und im Grunde sagt uns dies ja Festus bei dieser Etymologie in der zuletzt angeführten Stelle selbst, und es ist nur ein Übersehen, das

---

[1]) Varro de L. L., lib. V, § 148.

[2]) Vgl. Plinius, H. N., XXVIII, 3, und XXX, 3, mit Dio Cass., XLIII, 24.

[3]) Siehe z. B. Apulejus, De genio Socrat., II, 152 sqq., ed. Bosch.

[4]) Macrobius, Saturnal., I, c. 3, p. 209, ed. Bip. Festus, v^0 Mannuos, p. 146; v^0 Manes, p. 157; v^0 Matrem Matutam, p. 122, ed. Müller.

nicht in seinen Worten zu sehen, was offen in denselben ausgesprochen liegt. Denn er sagt daselbst: „... et inferi dii *manes* ut *suppliciter* appellati *bono essent*." Sie werden also so genannt, nicht als solche, welche die Guten sind, sondern als solche, welche flehentlich angerufen werden, daß sie gut und zum Guten sein mögen, gerade weil sie es nicht sind. So wird auch bei den römischen Geburten eine Göttin Mana Geneta angerufen, daß niemand von den im Hause Geborenen gut werde, und Plutarch, welcher uns dies berichtet[1]), erklärt es selbst damit, daß die „Guten" hier die Verstorbenen bedeuten. Ja, selbst noch bei so späten Dichtern, wie Horaz, klingt das negative, besänftigungsbedürftige Wesen der Laren deutlich hindurch, Od. III, 23, v. 2:

Si thure *placaris* et horna
Fruge Lares avidaque porca.

So weit ist es, wie hier vorerst in diesen Stoff eingegangen werden kann. Was haben wir denn aber eigentlich in demselben gesehen?

Wir haben in der religiösen Substanz der pelasgisch-etrurischen Vorzeit denselben geistigen Keim: die unendliche Willenssubjektivität und ihre bleibende Fortexistenz, die Unsterblichkeit der Willensindividualität und ihre fortschaltende Willensherrschaft, gesehen, welchen das Römertum zur Ausführung und Entwickelung bringt?

Durch die Überwindung jener noch negativen Richtung seiner in ihm fortwirkenden pelasgisch-etrurischen Ursubstanz, eine Überwindung, welche sich durch die Mischung derselben mit dem Einfluß eines anderen sittigenden Elementes vollzieht, ist erst das höhere Dasein spezifi-

[1]) Quaest. Roman., LII, 277; II, 133, ed. Wyttenb.

schen Römertums oder quiritischen Geistes gegeben, und im Recht ist es, wo der Römer diese seine nationale Ursubstanz zur Versöhnung, zum Abdruck und zur gebildeten Entwickelung bringt.

Zur Versöhnung, sagen wir; denn der erste Schritt, mit welchem das Dasein spezifischen Römertums in der Geschichte erscheint, der testamentarische Erbe, ist bereits die Versöhnung der negativen Stellung jener beiden Willensherren, des alten und des neuen, zueinander. Der Erbe ist es jetzt selbst, der die geistige Willenssubjektivität des Toten fortsetzt, und er ist es, in dessen unbeschränkt freier testamentarischer Wahl sie sich selbst fortsetzt. Wenn bei den Tuskern der Abgeschiedene, der Lar, der „Herr" war, so ist jetzt vielmehr er, der neue Nachfolger, zum „Herrn", heres, geworden[1]). Denn er hat jenen in sich aufgenommen, setzt ihn fort und ist selbst seine Fortexistenz, die jener nun nicht mehr außer sich, sondern in sich hat. So ist denn schon mit dem ersten Schritte spezifischen Römertums diese Versöhnung gegeben. Es zeigt sich jetzt die ganze innere Notwendigkeit, vermöge welcher (s. oben S. 528—534) das testamentarische Erbtum keinen Anfang hat und haben kann in der Geschichte dieses Geistes. Denn solange dieses Erbtum noch nicht da wäre, wäre dieser Geist noch nicht spezifisch-römischer Geist, dessen Dasein gerade in diesem Versöhntsein besteht. Könnte man dem testamentarischen Erbtum in Rom einen Anfang nachweisen, wovon wir an dem angeführten Orte wie begrifflich, so auch historisch gezeigt haben, daß es nicht der Fall ist, so würde gesagt werden müssen, daß damals noch nicht römischer Geist vorhanden gewesen, daß er noch

[1]) Vgl. hierüber oben S. 311, Note 1.

in dem Stadium seines vorgeschichtlichen Daseins und Bildungsprozesses aus seinen verschiedenen Elementen begriffen gewesen sei. Und der entscheidende Beweis hierfür wäre, daß, wie wir oben gezeigt, in dem Bewußtsein dieses Volkes, in seinem geistigen Fürsichselbstsein, das Testament keine Entstehung hat. Testamentarisch und von unbeschränkter Freiheit muß dies Erbtum von Haus aus sein, wenn es jene Versöhnung vollbringen soll. Denn wäre es dies nicht, so wäre er es nicht, der Tote, der seine Willenssubjektivität im Erben setzte und fortsetzte, sondern sein Wille hätte gerade an dem ihm aufgezwungenen Erben seine Negation und seinen Untergang, und so stünde er noch in dem alten negativen Verhältnis des Lar zu ihm. Erst durch die unbeschränkte Willensfreiheit testamentarischen Einsetzens nimmt auch das Intestatrecht den Charakter einer vom Gesetze dem individuellen Willen geleisteten subsidiären Hilfe, eines Herbeieilens des ganzen Volkes und Volksbegriffes zur Erfüllung seines vorausgesetzten Willens an, und wir haben jetzt die historisch-reale Gestalt der Notwendigkeit gesehen, vermöge welcher dieser vorausgesetzte Wille als identisch mit dem allgemeinen Willen vorausgesetzt wird; eine Identität, die schon mit dem Herbeieilen selbst des ganzen Volkes zu seiner individuellen Ergänzung gegeben ist. Wir haben jetzt erst die historisch-reale Gestalt der Notwendigkeit gesehen, vermöge welcher das Interesse an dem fortexistierenden Dasein dieses vorausgesetzten — und um so mehr an dem des testamentarisch selbst gesetzten — Willens den ganzen historischen Geistesbegriff dieses Volkes durchzittern muß, oder die Bedeutung des Satzes: testamentifactio juris publici est (vgl. Nr. X und Nr. XV). Wir haben jetzt erst die reale Gestalt der Notwendigkeit

gesehen, vermöge welcher das Zwölftafelgesetz mit der höchsten Freiheit des Legierens beginnen muß, die Freiheit der Erbeinsetzung aber als die gesamte stumme Sichselbstvoraussetzung dieses ganzen historischen Volksgeistes nicht einmal verfügen kann, und warum, statt von einem notwendigen Familienerben auszugehen, es vielmehr erst das *Ende* der römischen Rechtsgeschichte ist, sich auf einen niemals ganz erreichten Noterben hinzubewegen.

Wir sagten aber auch: im *Recht* ist es, in welchem der Römer diese seine nationale Ursubstanz zur Versöhnung bringt. Und dies ist nicht nur so aufzufassen als ein empirisch durch das Material des Erbrechtes Feststehendes und von uns an ihm Nachgewiesenes. Es ist vielmehr vor allem die begriffliche logische Notwendigkeit zu begreifen, vermöge welcher diese Versöhnung sich gerade *im Recht* vollbringen und das *Rechtssystem produzieren muß*.

Die Versöhnung, welche der römische Geist vollbringt, oder eigentlich nicht vollbringt, sondern *ist*, besteht darin, daß die Vorstellung der *unendlichen Willenssubjektivität*, welche bereits als *religiöse* Vorstellung in der pelasgisch-etrurischen Ursubstanz vorhanden ist, aus diesem Elemente bloßen *religiösen Insichseins*, in welchem sie sich negativ gegen den *neuen* Nachfolger bestimmt und bestimmen *muß*, weil dieser *ein anderer gegen den Lar ist*, herausgerissen und zur *Wirklichkeit* verwandelt werde. Der Orkus soll zur Oberwelt produziert werden. Die Versöhnung soll dadurch vor sich gehen, daß der neue Nachfolger selbst den Toten in sich aufnimmt und Perpetuierer seiner Willenssubjektivität wird. Die Überwindung jenes negativen Verhältnisses soll dadurch erfolgen, daß die Unendlichkeit der Willenssubjektivität des Toten in dem Nachfolger selbst realisiert, und so in der allgemeinen lebendigen Wirklichkeit selbst statt

in der Unterwelt verwirklicht werden soll. Die Realisation eines geistigen Inhaltes in der Sphäre der allgemeinen Wirklichkeit — dies und nichts anderes ist eben der formelle Begriff des Rechtes. Ein geistiger Inhalt realisiert in dem Insichsein der Vorstellung, — so ist er Religion; hineingebildet in das Sinnliche und Stoffliche, — so ist er Kunst; ausgeführt im Reich des sich selbst durchsichtigen Begreifens, — so ist er Philosophie; verwirklicht aber in der allgemeinen geistigen Wirklichkeit, — so ist er Recht. Es ist also eine begriffliche Notwendigkeit, daß diese Versöhnung im Rechte geschieht; sie ist selbst der Gedanke des Rechtes. Alle Völker haben ein Recht. Denn alle Völker verwirklichen einen geistigen Inhalt in der realen Wirklichkeit. Was der Römer aber verwirklicht in dieser Sphäre des Rechtes, das ist, wie wir sahen, der Gedanke der unendlichen Willenssubjektivität, d.h. es ist der inhaltliche Begriff des Rechtes selbst, den er in der formellen Sphäre des Rechtes verwirklicht, und so hat er nicht ein Recht, sondern das Recht!

Die Unendlichkeit der Willenssubjektivität verwirklicht in der realen allgemeinen Wirklichkeit, — dies ist nicht bloß Erbrecht, sondern das Recht und das Rechtssystem überhaupt. Und so ergibt sich hier bestimmter die welthistorische Notwendigkeit, die wir schon früher kurz angedeutet (s. S. 36, vgl. S. 572fg.), hier aber näher zur Entwickelung gebracht haben, weshalb es der römische Volksgeist ist, welcher aus seiner innersten Anlage heraus das Rechtssystem produzieren muß.

Man kann in diesem Sinne sagen, die wahre Religion des Römers sei das Recht, die Religion sei dagegen für ihn eigentlich nur das Vorhistorische seines Ausgangspunktes, so daß er nur in der Überwindung dieser Form der geistigen

Tätigkeit das Spezifische seines Geistes habe, und die Religion von ihm nur als das ihm und seinem Geiste Fremde, welches aber die ihn noch mit ehrfurchtsvollem Schauer durchzitternde Grundlage seines Ausgegangenseins und seines Zusammenhanges bilde, aufbewahrt worden sei. Und mit dieser begrifflichen Entwickelung gelangt nun ein anderes höchst merkwürdiges Verhältnis, das schon oft hohe Verwunderung erregt hat und noch größere zu erregen verdient hätte, zu seiner vollen geistigen Klarheit, gelangt nicht nur zu seiner eigenen Erklärung, sondern zur Heraussetzung der in ihm vorhandenen welthistorischen Notwendigkeit und Bedeutung. Jedes Volk treibt seine Religion selbst, denn es ist sein eigenes Wesen, das es darin betätigt. Der Römer aber läßt, wie hier stofflich nicht weiter dargelegt werden kann, aber jedem mit diesem Stoffe Vertrauten hinreichend bekannt ist, — der Römer läßt seine Religion, was ohne Beispiel in der Weltgeschichte ist, als ein ihm Fremdes und ihn dennoch Durchzitterndes von einem fremden Volke, und zwar gerade von den Etruskern[1]), besorgen[2]). Handelt es sich um Haruspicin (Opferschau), Prodigia Portenta, Blitzdeutung und Divination, um irgendeinen Teil religiöser Disziplin, so wird vom Senat nach Etrurien gesendet, etruskische Haruspices, Fulguratoren usw. werden herbeigeholt, um den Willen der Götter zu erforschen. Diese hieratische Abhängigkeit ist so drückend, daß während der Belagerung Vejis die Prodigien nicht produziert werden können, weil

---

[1]) Livius, V, Kap. 1, nennt sie eine „gens ante omnes alias eo magis dedita religionibus, quod excelleret arte colendi eas"; vgl. Livius, XXVII, 37, und XXXII, 1.

[2]) Siehe das Material hierüber in reichlicher Menge bei K. O. Müller, Etrusker, Buch 3, bes. Kap. 1 u. 2, und Kap. 5—7.

Etrurien, den Römern gerade feindlich, keine kundigen Leute senden will[1]), und ein andermal diese Haruspices hingerichtet werden müssen, weil sie, dem römischen Volke feindlich gesinnt, das Gegenteil von dem angeben, was die Prokuration erheischte[2]). Als Rom in der Blüte seiner Macht steht, Etrurien lange unterworfen hat, und die von den etruskischen Großen kastenmäßig fortgepflanzte religiöse Disziplin in Gefahr des Verfalls gerät, da beschließt der römische Senat, um sie hiergegen zu sichern, von Staats wegen, daß immer zehn Söhne der Edlen in der religiösen Disziplin unterrichtet werden sollen, aber zehn Söhne etruskischer Edlen aus jeder der zwölf etruskischen Völkerschaften[3]). Die Kunde des Religiösen soll erhalten werden, der römische Geist erzittert bei der Gefahr, den Zusammenhang mit seiner vorhistorischen Grundlage zu verlieren, die in ihm ein Aufgehobenes, aber noch in diesem Aufgehobensein Fortwirkendes und Bestimmendes ist; sie soll ihm erhalten werden, aber weil sie ein in seinem spezifischen Volksgeiste Aufgehobenes ist, als ein seinem Geiste Fremdes, als ein Buch, in dem er nicht lesen kann, ein Buch der Ursprünge, das nur für jene ältere Nation zu entziffern ist, die als Nation niemals über dieses Stadium des Geistes hinausgekommen[4]).

---

[1]) Livius, V, 15.

[2]) Aul. Gellius, Noct. att., IV, 5, 5.

[3]) Cicero, De divin., I, 41, 92, und Tacitus, Annal., XI, 15.

[4]) Müller sagt a. a. O., II, 2, sehr richtig, es sei dieser Verkehr zwischen Rom und Etrurien ein solcher gewesen, „für den man kaum ein anderes passendes Beispiel in der Geschichte hat." Wenn er aber selbst, um das Unbegreifliche zu erklären, hinzufügt: „und den man auch nur durch die sehr praktische Ansicht der Religion bei den alten Römern erklären kann, die von der trefflichen Kunde der Etrusker Nutzen ziehen zu können glaubten, ohne sie selbst zu durchdringen," so ist es

Zugleich muß sich in diesen Andeutungen ein helles Licht auf die kulturhistorische Bedeutung und die weltge-

---

besser, ehe man solche Erklärungen gibt, die Unerklärlichkeit der Sache einzugestehen und nicht zu erklären. Noch viel praktischer wäre es dann jedenfalls gewesen, sich um Religion und religiöse Disziplin *gar nicht* zu bekümmern, wozu ja ein Volk nie durch einen äußeren Zwang, sondern nur durch einen *inneren Drang* getrieben wird, bei dem es dann aber wieder unbegreiflich erscheinen muß, die *Kunde* desselben von sich *auszuschließen* und grundsätzlich Fremden zu überlassen. Ja, was das „*Praktische*" betrifft, so war die Sache davon gerade das *Gegenteil*! Müller selbst erwähnt der oben folgenden Beispiele von dem Vejenterkrieg und den mit dem Tode bestraften Haruspices. Ja, Müller sagt dabei selbst (II, 7): „Und doch konnte sich kaum ein Bienenschwarm in einem öffentlichen Gebäude zeigen, ohne daß Haruspices herbeigeholt wurden." Wo bei einer solchen drückenden Abhängigkeit von einem fremden, so oft feindlichen Volke das *Praktische* bleiben soll, ist nicht leicht abzusehen; zumal für einen Volksgeist, der, wie der römische, selbst darüber befragt, wahrscheinlich in der eigenen *Selbständigkeit* das „*Praktische*" gesehen hätte. Nicht einmal zu Kunst und Wissenschaft, zu denen ein solches rein praktisches Verhältnis doch weit eher denkbar wäre, verhalten sich die Römer in dieser praktischen Weise; sondern als sie diese von den Griechen empfangen, inokulieren sie dieselben, so viel ihnen nur möglich, dem *eigenen* Geiste, produzieren einen Plautus, Horaz, Virgil, die Stoiker usw. Nur gerade die Kunde religiöser Disziplin, unter der sie sich beugen und die ihre Geschicke bestimmt, versuchen sie nicht, *sich* zu inokulieren und sie *selbst* zu durchdringen! — Die Erklärung ist nun aber im Obigen gegeben; sie besteht darin, daß jener „Verkehr" zwischen Rom und Etrurien überhaupt keinen Verkehr, sondern ein *Verhältnis*, ein geistiges, kulturhistorisches Verhältnis darstellt. Auch nachdem sich der römische Geist zu seinem *spezifischen* Wesen, zum Geist des *Rechtes* entwickelt hat und die Religion nur die von ihm aufbewahrte Grundlage seines gegenwärtigen, ihm eigentümlichen Wesens geworden ist, besteht nun *im rein religiösen* Ge-

schichtliche Stellung jenes in Dunkel gehüllten gewaltigen Volkes ergossen haben, welches durch seine beiden Aus-

---

biete — und indirekt — die hieratische Oberherrlichkeit der tuskischen Substanz noch fort. Die Auflehnung gegen die direkte Herrschaft dieser hieratischen Oberherrlichkeit — das ist die Bedeutung der Periode der Tarquinier, ihres Sturzes und der darauf folgenden, für Rom zunächst so unglücklichen Kriege. Jene indirekte Herrschaft des tuskischen Elementes im rein religiösen Gebiete aber besteht bis spät in die Kaiserzeit fort und muß fortbestehen. Denn indem der römische Geist in jenem oben genau entwickelten Prozeß von der Religion zum Rechte überging, hat er nicht die Religion selbst zu einer neuen, seinem gegenwärtigen geistigen Wesen entsprechenden umgewandelt, sondern in ein anderes Gebiet ist er eingetreten, und jenes hat er nur in einer Art von geistiger Vergangenheit beibehalten, als das fortwirkende und dennoch aufgehobene Elementarische seiner Entwickelung. So, als ein Aufgehobenes, ist es ihm ein Dunkles geworden, das hinter ihm liegt und in dem er nicht mehr lesen kann, weil es nicht das seinem Wesen Entsprechende ist. Der pelasgische Etrusker produziert die systematische religiöse Wissenschaft, der Römer das System des jus. Als die Haruspices dem Tiberius Gracchus vorwerfen, er habe bei den Komitien, die zur Konsulwahl gehalten wurden, etwas in den Auspizien — also in den mit dem öffentlichen Recht verknüpften religiösen Gebräuchen, die deshalb auch nicht zur tuskischen Kompetenz gehören — versehen, da antwortet er ihnen, so hohes Ansehen auch die Haruspices im rein Religiösen genießen, mit der höchsten Verachtung, sie auf jenen Unterschied hindrängend: „An vos Tusci ac barbari auspiciorum populi Romani *jus* tenetis et interpretes esse *comitiorum* potestis?" (Cicero, De nat. deor. II, 4.) Das heißt: Wo Recht und Volkswille ins Spiel kommen, da hört das Religiöse auf, und da ist kein Platz mehr für die tuskische Substanz, der nur das rein Religiöse angehört. — Aus der vorherigen Entwickelung über die notwendige Dunkelheit des Religiösen für die Römer ergibt sich auch die Notwendigkeit, warum gerade bei ihnen der religiöse Aberglaube gipfelt. Er muß dies, gerade weil ihnen

läufer, Griechen und Römer, so tief in die Menschheitsgeschichte eingreift, des Pelasgervolkes. Für Griechen wie Römer ist es nur der verschwindende Ausgangspunkt ihrer Entwickelung, das Material ihres negativen und umformenden Arbeitens und Gestaltens.

Aber gleichwohl bringen sie, die Pelasger, aus ihren orientalischen Ursitzen in der Form religiöser Dumpfheit und deren blutiger Gärung jenen unendlichen Inhalt, die unendliche Willenssubjektivität, schon mit, welchen die Hellenen zur Freiheit der Kunst, und die Römer zur Freiheit des Rechtes umbilden und entwickeln.

Wollte aber jemand jenen von uns auf so positive und so systematische Weise bewiesenen innersten Zusammenhang des römischen Erbrechtes und des pelasgisch-etrurischen Larentums, des römischen heres und des tuskischen Lar, gerade weil ihm zu viel Licht und Tageshelle darin ist, in den Verdacht eines Träumens nehmen, — nun, so würden wir einem solchen eine sehr nüchterne, sehr trockene, rein erbrechtliche Anekdote erzählen, oder vielmehr auf eine solche Bezug nehmen, die uns ein vollkommen nüchterner, vollkommen geistloser und somit doch gewiß vollkommen autoritätischer Schriftsteller erzählt! Es ist Valerius Maximus, den wir meinen, und dies Geschichtchen ist gleich das erste, welches er uns in seinem

---

die Religion ein Fremdes und Ungegenwärtiges geworden ist, in welchem sie sich schlechthin nicht mehr sicher und selbstgewiß fühlen, und deshalb eine Beute jeder Superstition, jeder schwankenden Vermutung werden müssen. Es ist die Unsicherheit, die daraus entsteht, das religiöse Prinzip nicht mehr in sich zu haben, und daher jedem Glauben als einem möglichen hingegeben zu sein. — Hieraus erklärt sich auch, warum Rom ein Pantheon aller Götter wird und den Religionen aller besiegten Völker Tempel baut. Es ist dieselbe Unlebendigkeit des Religiösen im römischen Geist, die dies ermöglicht.

Kapitel de testamentis rescissis berichtet[1]). Ein Krieger kehrt aus dem Felde zurück. Aber durch das falsche Gerücht seines Todes getäuscht, hat sein inzwischen gestorbener Vater ihn enterbt (wahrscheinlich inter ceteros, vgl. S. 465 fg.), und andere Erben findet er im Besitz des ihm verschlossenen väterlichen Hauses. Verzweifelnd steht er da! Die Blüte der Jugend hatte er für die Republik hingegeben, die höchsten Gefahren und Mühseligkeiten getragen! Da wendet er sich an das Volk, er zeigt die Narben auf seiner Brust und ruft aus — es sind die einzigen Worte in der Stelle, die Valerius, der Tradition folgend, ihm selbst in den Mund legt —: „ne avitos ejus *ares* odiosa[2]) ipsi urbi onera possiderent", „sie möchten sich in acht nehmen, daß sie nicht seine väterlichen Laren als der Stadt selbst feindselige Bürden besäßen." Und so dringt er durch mit seinem Anspruch bei den Centumviri.

Jene von uns entwickelte innere Identität des Larentums und des Erbrechtes — wir sehen sie hier in dieser naiven Erzählung aus alter Zeit als das Positive des erbrechtlichen Stoffes hervortreten. Den Lar ruft der Jüngling auf, als er um sein Erbrecht streitet, und so kommt dieser hier in der einfach nackten Erzählung als der ideelle Träger und die innere Substanz dieses Rechtes zum Vorschein, und jene von uns entwickelte Lehre über den geistigen Zusammenhang von Larenkultus und Erbrecht erweist sich hier als die eigene Lehre des erbrechtlichen Stoffes. Den Lar, den bleibenden Willensherrn, ruft er auf, und zwar ruft er ihn auf als ein, wenn ihm der Bund der Versöhnung gebrochen wird, dem Volke selbst und dem ganzen Gemeinwesen feindseliges, drohendes Wesen. Denn

1) Memorab., lib. VII, c. 7, no. 1, II, 87, ed. Bip.

2) Denn so muß offenbar statt des ganz sinnlosen otiosa gelesen werden.

durch jene Versöhnung hat er in ihm, dem suus, diesem von ihm selbstgesetzten Willensperpetuierer, seinen wahrhaften unmittelbaren Erben, seine daseiende Willensfortexistenz, die er nur durch jenen, durch seine eigene Voraussetzung machtlosen Irrtum in den Worten verfehlte[1]). Wird ihm dieser wahrhafte Willensperpetuierer nicht gegeben und anerkannt, so ist ihm der Bund der Versöhnung gebrochen, seine Willensfortexistenz ist negiert, statt realisiert zu sein, und der Lar tritt wieder in sein altes negatives und furchtbares Verhältnis im Volksgeist. Nicht etwa bloß die usurpierenden Erben, sondern die urbs selbst, dieses ganze spezifische Gemeinwesen, das auf dieser Versöhnung beruht, hat mit Recht zu zittern bei diesem Bruch, bei diesem Wiederaufreißen des gähnenden pelasgischen Abgrundes, für dessen Schließung die Anerkennung der Fortexistenz des Lar im Erben die unerläßliche Bedingung war!

Aber wir sagten oben, nicht nur vollbringt der Römer diese Versöhnung seiner nationalen Ursubstanz im Recht — oder richtiger vielmehr: er produziert durch ihre Versöhnung das Recht —, sondern er bringt diese seine nationale Ursubstanz im Recht auch noch zum Aus- und Abdruck und zur gebildeten Entwickelung. In der Tat! Noch auf dem Boden dieser Versöhnung erhebt sich von neuem und muß sich erheben, jetzt in gebildeter Weise, das alte negative Verhältnis des Lar und des Nachfolgers dieses bleibenden Willensherrn als das negative Verhältnis des Erblas-

[1]) Wir haben daher oben bei der rein erbrechtlichen Erörterung gezeigt (S. 462—466, vgl. Note 3 das.), daß und warum ohne jede Bezugnahme auf Billigkeit, Gefühlsrücksicht usw., der Jüngling nach der reinen Strenge des zivilistischen Erbrechtsbegriffes siegen muß, und dies durch die römischen Juristen bestätigt gesehen.

sers und Erben zueinander. Mit anderen Worten: der Erblasser negiert den Erben, wie wir sahen (Nr. VI und VII), indem er diesem das eigene Interesse und somit die eigene Willenspersönlichkeit abzüchtigt, und darin gerade die absolute Gewißheit seiner Fortexistenz in ihm, seinen höchsten Triumph und metaphysischen Willenskitzel, die alleinige reine und adäquate Realisation seines Begriffes hat.

Dieses negative Verhältnis muß sich erheben, wie sich jetzt auch als reale historische Notwendigkeit zeigt. Denn es ist ja nur dieselbe Substanz, die sich jetzt auf dem höheren Boden dieser Versöhnung, auf dem Boden des Rechtes, aufrollt und abspielt. Nur daß natürlich jener negative Konflikt, der in der Dumpfheit religiösen Insichseins den ganzen Menschen verzehrte, auf dem durch diese Versöhnung hervorgebrachten gebildeten Boden der Willensgeltung oder des Rechtes sich auf die Negation des erbenden Eigenwillens und des von ihm beherrschten Vermögens beschränken muß.

Alles, was wir früher überall über die tief-notwendige Bedeutung des enterbten Erben als des echten und wahrhaften zivilistischen Erbbegriffes gesagt haben, was wir sub Nr. VII über den Kampf zwischen Erblasser und Erben in der lex Furia, Voconia, Falcidia und über den durch die lex Falcidia schon gegebenen Verderb des zivilistischen Erbbegriffes gesagt haben, was wir sub Nr. VII und IX über die Sitte der Fiduziarerbschaft und über die Treue gegen die Substanz des Volksgeistes, welche den verläßlichen Boden dieser Sitte bildet, was wir sub Nr. VIII über das formelle Gesetztsein dieser Enterbung im Manzipationstestament, sub Nr. X und XV über das testamentum calatis comitiis, über den das Testament durchdringenden Charakter des öffentlichen Rechtes, über die

gesetzgeberische Befugnis des Testators, über die höhere Kraft des Toten als des Lebenden, über das jus sepulcrorum und das legatum poenae nomine gesagt haben, was wir sub Nr. XIV über den Gegensatz von Legatar und Erben, und sub Nr. XV—XIX über die Bedeutung der Form der Legate gesagt haben, in welcher der Erblasser sich als den Fortgeltenden gegen den Erben zum Vorschein bringen will usf. usf., empfängt jetzt noch eine ganz andere Bedeutsamkeit. Wenn wir sub Nr. I noch assertorisch vorausschickten, daß der dort entwickelte Begriff der historische Begriff des römischen Volksgeistes sei, und dies dann an dem Stoffe nachgewiesen, so haben wir jetzt erst die reale historische Notwendigkeit nachgewiesen, warum dies der historische Geistesbegriff des römischen Volkes sei und sein muß. Es ist keine Seite dieses Bandes, welche nicht, von hier aus gelesen, noch eine ganz andere Perspektive, eine noch weit tiefere inhaltliche Bedeutung empfängt. Jetzt auch haben wir erst die reale Notwendigkeit jenes Überschreies nach Fortsetzung erkannt, den der Tote in der usucapio pro herede an jeden Vorübergehenden richtet, und den dunkeln Urgrund, aus welchem dieser Schrei herauftönt, ein Überschrei, welcher mit unvermeidlicher dialektischer Notwendigkeit der Keim und Zwang der Abreibung seines zivilistischen Geistes, und sein eigenes Verderben ist. Alles Entwickelte zeigt erst von hier aus seine typische, ursprüngliche Notwendigkeit in der religiös-geistigen Substanz auf, welche dieses Volk überkommen hat, mit der es auftritt und zu wirtschaften hat, und deren Entwickelung zur Freiheit des Rechtes sein eigenes spezifisches Sein und seine historische Mission ist.

Als der Gegensatz auch in dieser gebildeten geistigen Form überwunden ist, als der Erbe den Erblasser bewältigt und in der Erbschaft sub beneficio inventarii offen das

Vermögen als sein Prinzip proklamieren kann, — als so der Lar zum zweitenmal gestorben ist, da ist der Gegensatz nicht in dem römischen Volksgeiste überwunden — dies wird er nie —, sondern dieser Volksgeist selbst ist mit diesem Gegensatz erloschen, um einem anderen Volke Platz zu machen, welches nun von Haus aus mit jenem Prinzipe auftritt, auf welches sich hinzubewegen die Geschichte des römischen Geistes war, und welches er niemals erreichen konnte.

Noch aber kann die Frage entstehen, hat der römische Geist niemals irgendein zusammenfassendes Bewußtsein über sein hier nachgewiesenes Verhältnis zu seiner nationalen vorgeschichtlichen Ursubstanz, über seinen hier entwickelten geistigen Entstehungsprozeß und dessen Bedeutung gehabt, und in deutlicher Weise ausgesprochen?

So wenig wir auch beabsichtigen, das, wie wir glauben, mit fester Hand Gewonnene dadurch zu gefährden, daß wir uns weiter auf das schwankende Gebiet der Mythendeutung begeben, so ist doch der Zwang zu groß, um nicht das, was unsere Entwickelung war, auch noch als das in unverkennbaren Zügen ausgedrückte eigene Selbstbekenntnis des römischen Geistes nachzuweisen. Wenn das Gebiet auch ein schwankender Boden ist, so kann der das systematische Prinzip seines Gehens in sich selbst tragende Schritt dennoch ein fester sein.

Es gibt einen dunkeln und wunderlichen Mythus in Rom, welcher seit je das Kreuz der Mythologen gewesen.

Es ist die Acca Larentia, von der wir sprechen und die wir bereits einmal im Laufe dieser Untersuchungen flüchtig haben berühren müssen.

Ihr Mythus, wie er aus dem Geschichtschreiber Macer bei Macrobius, aus Sabinus Massurius bei Gellius, aus Verrius bei Lactantius und anderen erzählt wird, ist in

Kürze folgender[1]). So ist die Amme des Romulus, nebenbei auch Mutter von zwölf Söhnen, von denen sie einen durch Tod verliert, und an seine Stelle Romulus annimmt. Auch nach diesen Berichterstattern, nach denen sie des Romulus Amme ist, ist sie eine Hure[2]), und für den reichen aus diesem Stande erzielten Gewinn setzt sie, nach den einen den Romulus, nach den anderen das römische Volk selbst zum Erben ein. — Ausgeführter wird ihr Mythus bei anderen vorgetragen. Diese lassen sie unter der Herrschaft des Königs Ancus leben und erzählen, der Tempelhüter habe einst mit dem Gott Hercules Würfel gespielt. Dem Sieger sollte der andere eine Mahlzeit und ein Freudenmädchen liefern. Hercules habe gewonnen, und so habe ihm der Tempelhüter darauf die berühmteste Hure jener Zeit, die Acca Larentia[3]), nebst der Mahlzeit in sein Heiligtum eingeschlossen. Am anderen Tage aber verbreitet sie das Gerücht, sie habe nach dem Beischlaf keine andere Belohnung von dem Gotte empfangen als die Pflicht oder den Auftrag (munus)[4]), daß sie nicht den Vorteil

---

[1]) Livius, I, 4. Macrobius, Saturn., I, c. 10, p. 241 sqq. A. Gellius, N. A., VI, 7. Lactantius, Inst., I, c. 20; p. 66, ed. Bip. Plutarch, Romul., p. 19, F., und Quaest. Rom., XXXV, p. 116, ed. Wyttenb. Augustin, De civ. dei, VI, 7. Festus, v⁰ Larentalia, p. 119, M.

[2]) „Sed Acca Larentia corpus in vulgum dabat, pecuniamque emeruerat ex eo quaestu uberem; ea testamento ut in Antiatis historia scriptum est, Romulum regem, ut quidem alii tradiderunt, populum Romanum bonis suis haeredem fecit"; Gellius, a. a. O.

[3]) „. . . illum Accam Larentiam nobilissimum per id tempus scortum intra aedem inclusisse"; Macrobius, a. a. O.

[4]) „. . . post concubitum Dei accepisset munus, ne commodum primae occasionis, cum se domum reciperet, offerendae aspernaretur."

der ersten Gelegenheit, die sich bei ihrer Nachhausekunft darböte, verachten möge. In der Tat wird sie, aus dem Tempel heraustretend, von dem Tusker Carutius begehrt; dem Götterauftrag gehorchend, gibt sie sich ihm hin, wird von ihm, einem sehr reichen Manne, dann geheiratet, gelangt nach seinem Tode in den Besitz aller seiner Güter, und als sie stirbt, verkündet sie als Erben das römische Volk[1]). Nach Macer lebt sie zur Zeit des Romulus und ist dessen Amme, heiratet aber gleichfalls den reichen Tusker Carutius, und setzt bei ihrem Tode den Romulus zum Erben der von jenem erlangten Güter ein[2]). Nach allen Berichterstattern gleichmäßig wird ihr wegen des Verdienstes, das sie sich dadurch erwirbt, daß sie Romulus oder das römische Volk zum Erben einsetzt, ein Tag in den Fasten Roms gewidmet und der Flamen des Quirinus vollbringt ihr das Opfer[3]).

Man muß gestehen, es ist eine wunderliche Kalenderheilige, diese Acca Larentia, und es ist begreiflich, wenn die Mythologen nichts mit ihr anzufangen gewußt haben. Creuzer sieht kurz und gut nichts anderes in ihr, als einen

---

[1]) „. . . cum decederet, populum Romanum nuncupavit heredem"; Macrobius, a. a. O.

[2]) Macrobius, a. a. O.

[3]) Gellius, a. a. O. Es sind göttliche Ehren, honores divinos, nach Augustin und Lactantius, a. a. O. So sagt auch Minucius Felix (Octav., c. 25, p. 157, ed. Lind.): „Sane et Acca Larentia et Flora, meretrices propudiosae inter morbos Romanorum *et deos computandae.*" — Der Zusammenhang mit den Manen tritt bei ihrer Feier sofort in den Worten der Schriftsteller bedeutungsvoll hervor; Macrobius, a. a. O.: „Quo *Diis Manibus* ejus per flaminem sacrificaretur", und Varro, De L. L., VI, §§ 23, 24: „. . . ut ajunt quidam ad sepulcrum Accae, ut quod ibi prope faciunt *Diis Manibus* Servilibus sacerdotes."

„aus einer italischen Herbstfeier entstandenen Mythus, dessen Elemente sind: Hercules, die Sonnenkraft, Acca Larentia, die von den Herbstregen getränkte Erde, welche aus ihrem Schoße neue Saaten hervorbringt, wenn gewisse Tage des Kalenders wieder gewonnen sind“ [1]), eine Deutung, die schon vor lauter Willkür gar keine Widerlegung verdient.

K. O. Müller wirft bereits einen besseren Blick [2]). Schon aus dem Namen der Larentia folgert er ihren sich darin offen genug aussprechenden Zusammenhang mit der Larenreligion, und belegt dies auch durch den Zusammenhang der römischen Feste, indem er nachweist, „daß am elften vor den Kalenden des Januar ein Fest der Laren und am zehnten die Larentinalien gefeiert wurden, an welchen dem Jupiter als dem Seelengeber geopfert und der Acca Larentia parentiert wurde“.

Er ist deshalb sogar geneigt anzunehmen, daß sie von der Larenmutter Mania kaum verschieden, und aus der tuskischen Religion in die römische Mythologie hineingetragen worden sei, was nur noch eine gewisse Annäherung an das Richtige hat, aber bereits nicht mehr richtig ist. Wenn er aber sagt [3]), daß sie auf sonderbare Weise aller göttlichen Würde entkleidet und schmählich erniedrigt worden ist, wenn er die Sage eine „merkwürdig verworrene Sage“ nennt, wenn er sagt [4]): „eine Buhlerin, lupa, heißt

---

1) Symbolik und Mythologie, 3. Ausg., I, 102.

2) Etrusker, II, 103—105.

3) A. a. O., S. 103: „Von der Larenmutter Mania ist wohl kaum die Acca Larentia verschieden, die aus der tuskischen Religion in die römische Mythologie hineingetragen, aber auf sonderbare Weise aller göttlichen Würde entkleidet und schmählich erniedrigt worden ist.“

4) A. a. O., S. 104.

die Larentia wohl nur durch Mißverstand der Wölfin, die hier nach den Wölfen des Dispater auf dem Berge Soracte zu deuten sein möchte, aber zeitig mit der Wölfin des Mars, welche den Romulus säugte, vermischt worden ist"[1]), — so spricht sich hierin nur das substantiellste Mißverständnis des Mythos und die daraus fließende unberechtigte Willkür aus, das, was gerade die charakteristischsten und eigentümlichsten, ihre Echtheit gerade hierdurch bekundenden Züge des Mythos sind, statt sie rein aufzufassen, für eine schmähliche Erniedrigung und sonderbare Entkleidung göttlicher Würde auszugeben.

Es ist vielmehr gerade das die frappante und rein auf-

---

[1]) Gerade das Umgekehrte dieser letzteren Vermutung ist die Wahrheit. Eine Wölfin ist nur deshalb, dem gewöhnlichen Mythus zufolge, dem Romulus zur Säugerin gegeben, weil die Acca Larentia seine Amme, und diese eine Hure war, und weil lupa den Römern ebenso wohl Hure wie Wölfin bedeutet. Darum gibt man ihm dann statt der tropischen auch eine wirkliche lupa zur Säugerin. Unsere gesamte Deutung des Mythos wird dies von selbst beweisen. Aber auch unabhängig von dieser und durch die bloße Stelle des Livius wird, sowohl durch seine reale Darstellung als durch seine eigene Erklärung, dieser Punkt fest bewiesen. Livius erzählt (I, 4), wie nach der Sage eine Wölfin den ausgesetzten Romulus und Remus gesäugt habe, und wie die Kinder darauf von dem Hirten Faustulus gefunden und an sich genommen worden seien, der ja von den Autoren so häufig als der Gatte der Larentia, der Amme des Romulus, genannt wird (s. die obigen Stellen). Demgemäß fährt auch Livius selbst fort: „Ab eo (Faustulo) ad stabula *Larentiae uxori educandos latos.* Sunt, qui Larentiam, vulgato corpore, lupam inter pastores vocatam putent; inde locum fabulae ac miraculo datum." Das also wußte man schon in Rom selbst, daß den Romulus eine Wölfin nur deshalb gesäugt hat, weil seine Amme, die Larentia, eine Hure, lupa, war. Und es bleibt zunächst nur übrig, zu wissen, warum die Amme des Romulus eine Hure gewesen sei.

zufassende Eigentümlichkeit des Mythos, daß er von Anfang bis Ende einen gewissen nüchternen und auf der Erde stehenden Charakter hat, und diesen in einer so großen Zahl realster, wie aus der Wirklichkeit gegriffener Züge durchführt. Die Acca Larentia ist keine Göttin, und wird auch niemals zu einer solchen. Sie ist purer Mensch und aus der allergewöhnlichsten Klasse. Sie ist des Romulus Amme, sie ist ein Hirtenweib, sie ist auch eine Hure, und zwar, wie es bei Macrobius heißt, die berüchtigtste ihrer Zeit. Trotzdem sie schon einen Mann, den Faustulus, hat, heiratet sie auch einen anderen, und zwar, wie die Berichterstatter mit einem merkwürdigen Realismus der Züge angeben, nicht irgendeinen anderen, und auch nach den Versionen, die sie erst zu Ancus' Zeit leben lassen, nicht einen Römer, sondern gerade einen Tusker. Nach dessen Tod erlangt sie seine Güter und setzt das römische Volk zu Erben derselben ein, was wiederum sehr materielle und an der Erde klebende Züge sind[1]). Schon dies zeigt, daß wir es hier mit einem jener historisierenden Mythen zu tun haben, wie sie in Rom gerade besonders häufig sind. Auch bei ihrem Tode geht mit ihr selbst keine Verwandlung zu einer Göttin vor. Aber obwohl sie im Tode wie im Leben Mensch bleibt — und obgleich dies wohl noch nie ein Volk aus solcher Ursache für jemanden, und zumal für eine öffentliche Dirne getan hat —, wird ihr ein Kultus gewidmet, und selbst göttliche Ehren erwiesen. Ja, die Verehrung dieser öffentlichen Dirne tritt so stark als die spezifischste römische Religion hervor, daß Lactantius, nachdem er die heidnischen Religionen im allge-

[1]) Cato bei Macrobius will sogar noch die Äcker bezeichnen, die auf diese Weise in den Besitz des römischen Volkes gekommen sind.

meinen besprochen hat und nun auf die spezifische römische Religion übergehen zu wollen erklärt, sofort mit der Verehrung dieser Larentia den Anfang macht[1]).

Wie um die Verwirrung voll zu machen, blitzt in dies Gewebe realistischer Züge einmal eine Beziehung auf einen Gott hinein. Und hier ist wieder sehr eigentümlich, daß es gerade ein nicht-italischer, fremder Gott ist, daß es Hercules ist, zu dem Larentia in Beziehung tritt. Noch eigentümlicher aber ist die Art dieser Beziehung. Denn nachdem er sich mit ihr vermischt — was an und für sich in jenen Mythologien nichts Eigentümliches wäre —, gibt er ihr statt jeder anderen Belohnung die Pflicht auf, sich auch noch mit dem ersten besten anderen zu vermischen, mit dem sich ihr die nächste Gelegenheit dazu bieten werde. Dieser andere ist aber niemand anders, wie durch den Effekt sich zeigt, als eben jener Tusker, der sie heiratet und reich macht, und so ist denn in letzter Instanz die Vermischung mit dem Gott und sein Auftrag die wirkende Ursache der Vermischung mit dem Tusker und des hieraus auf das römische Volk herabströmenden reichen Erbsegens.

Wenn schon durch diese bloße Betrachtung der gegliederten Züge im Zusammenhange mit unseren früheren Erörterungen das Dunkel des Mythus sich dämmernd zu lichten beginnt, so ist es, um zur Helle hindurchzubrechen, nur noch nötig, zuvor Aufschluß über das Verhältnis zu bekommen, in welchem Hercules ursprünglich zu den italischen Völkerschaften erscheint.

Dies ist aber gar kein anderes, als daß er, nach einer

---

[1]) Inst. div., I, 20: „Venio nunc ad *proprias Romanorum religiones*, quoniam de communibus dixi. Romuli nutrix Lupa honoribus est affecta divinis. Et ferrem, si animal ipsum fuisset cujus figuram gerit. Auctor est Livius, *Larentinae* esse simulacrum et quidem non corporis, sed mentis et morum etc."

in geschlossenster Übereinstimmung bei den Alten[1]) auftretenden Sage, auf seinem Zuge durch Italien als sittigende Potenz bei ihnen auftritt, indem er den bei ihnen bestehenden, dem Manen- und Unterweltsgott Dis geweihten Menschenopferkultus abschafft. Er tut dies dadurch, daß er die φῶτα, die sie nach dem Orakelspruche dem Gotte opfern sollen, nach der doppelten Bedeutung dieses Wortes als Lichter statt als Männer auslegt, und sie Kerzen opfern heißt. Merkwürdig tritt hier sofort die Ähnlichkeit dieser Rolle heraus mit dem ganz Übereinstimmenden, was uns oben (s. S. 706 fg.) Macrobius von dem Gründer der Republik, Junius Brutus, berichtet hat, welcher den von dem etruskischen Tarquinius auf Grund eines Orakels wiederhergestellten, den Laren gewidmeten Menschenopferkultus durch Umdeutung der Köpfe in Mohn- und Knoblauchköpfe abschafft. Aber — und es ist wahrhaft unbegreiflich, wie nicht einmal die äußerliche Zusammenstellung auf das richtige Verständnis derselben geführt hat — beide Stellen des Macrobius sind überhaupt ein und dieselbe, Macrobius macht selbst auf diese innere Ähnlichkeit aufmerksam, und reiht beide Erzählungen deshalb aneinander.

Und nun ist nur erforderlich, jenen übereinstimmenden Bericht bei Macrobius u. a. in seinem Gesamtzusammenhange ausführlicher zu referieren, um eins der großartigsten Facta der Religions-, Völker- und Kulturhistorie, und mit diesem durch bloße Zusammenfassung der einzelnen Züge das Verständnis des Mythos von der Acca Larentia zu gewinnen.

---

[1]) Varro ap. Macrob., Saturn., I, c. 7, p. 232, ed. Bip.; Dionys. Halic., lib. I, c. 24, p. 30, ed. Sylb.; vgl. das. c. 13—16, p. 15—19, ed. Sylb.; Stephan. Byz., v⁰ Ἀβοριγ.

Aus ihren Sitzen ausgetriebene Pelasger — erzählt Macrobius aus Varro[1]) — kommen, nachdem sie verschiedene Länder berührt, nach Dodona, jenem bekannten Sitze des alten pelasgischen Orakels, und ungewiß, wo sie sich niederlassen sollen, erhalten sie auf ihre Frage vom Orakel eine Antwort, welche ihnen aufgibt, nach Italien zu gehen, sich dort mit den Sikelern und Aborigenern, den bekannten Ureinwohnern dieses Landes, zu vermischen und dann dem Phöbus den Zehnten zu entrichten, die Köpfe dem Hades und die *φῶτα* dem Saturn. Sie gehorchen dem Orakel, erobern die Gegend und geben dem Apollo den Zehnten[2]) der Beute, errichten dem Dis eine Kapelle und dem Saturn einen Altar[3]), und nachdem sie lange Zeit

---

[1]) „Quod Pelasgi, sicut Varro memorat, cum sedibus suis pulsi, diversas terras petiissent, confluxerunt plerique Dodonam, et incerti quibus haererent locis, ejusmodi accepere responsum:

Στείχετε μαιόμενοι Σικελῶν Σατουρνίαν αἶαν
Ἠδ' Ἀβοριγενέων Κοτύγην οὗ νᾶσος ὀχεῖται
Οἷς ἀναμιχθέντες δεκάτην ἐκπέμψατε Φοίβῳ
Καὶ κεφαλὰς Ἅδῃ καὶ τῷ πατρὶ πέμπετε φῶτα.“

Cf. Dionys. Halic., I, c. 24, p. 16, ed. Sylb.

[2]) Man erinnere sich bei dem Zehnten, was Dionysius, a. a. O., S. 19, erzählt, wie die Pelasger deshalb von den Göttern mit Unglück heimgesucht, weil, nachdem sie ihnen den Zehnten von allem Ertrage gelobt, sie ihnen zwar den Zehnten an Früchten und Vieh, nicht aber den der Menschengeburt geopfert (vgl. den latinischen ver sacrum), worauf sich die Pelasger hierzu entschließen, nicht aber, ohne daß es zum Aufstand — der von den Vornehmsten und den Vorstehern der Städte ausgeht — und zur Spaltung kommt, weil sie sich über die Verteilung des Zehnten nicht verständigen können, woraus nun die weiteren Irrfahrten des fortziehenden Teiles der Pelasger entstehen.

[3]) „. . . vastatisque Siciliensibus incolis occupavere regionem, decima praedae, secundum responsum, Apollini consecrant,

hindurch dem Dis mit Menschenköpfen und dem Saturn durch das Schlachten von Männern geopfert, kommt Hercules auf seinem Zuge mit den Rindern des Geryon in diese Gegend und rät den Nachkommen jener Pelasger, daß sie jene unseligen Opfer mit glückbedeutenderen vertauschen und künstlich gebildete Menschengesichtchen (oscilla) statt der Köpfe dem Dis darbringen und die Altäre des Saturn nicht durch Menschenschlachten, sondern durch Anzündung von Lichtern feiern sollen, den Sinn des Orakels so besser erfüllend [1]).

Pelasger also sind es, welche zuerst jenen Menschenopferkultus des Unterweltgottes Dis zu den Ureinwohnern Italiens bringen, den wir oben als den Larenkultus der Etrusker oder tyrrhenischen Pelasger, wie sie die Alten nennen, näher betrachtet haben. Daß der Menschenopferkultus der Pelasger, von dem Dionysius und Varro bei Macrobius hier sprechen, gar nichts anderes ist, als ein Larenkultus, wäre schon aus dem Manengotte Dis [2]), der als solcher eine so große Rolle in der etruskischen Religion spielt [3]), von selbst klar, tritt aber auch noch in der ausdrücklichen und bedeutsamen Erwähnung der Laren bei diesen Pelasgern, die bei Dionysius in der angeführten

---

erectisque Diti sacello et Saturno ara, cujus festum Saturnalia nominarunt; cumque diu humanis capitibus Ditem et virorum victimis Saturnum placare se crederent propter oraculum etc." Macrobius, a. a. O.

[1]) Worauf nun Macrobius den Albinus Cäcina einwerfen läßt, ganz dieselbe Opferumwandlung werde ja auch in bezug auf den Tarquinius und Brutus berichtet, und diese Geschichte erzählt.

[2]) Vgl. oben S. 707, Note 1.

[3]) Siehe K. O. Müller, Etrusker, II, 67 fg.

Erzählung von jener Krise auftaucht, besonders hervor[1]). Und das so häufig konstatierte Übereintreffen, daß jede griechische Stadt, welche den dort so oft wiederkehrenden Namen Larissa trägt, sich historisch als ein Sitz und eine Kolonie der Pelasger nachweise, empfängt jetzt eine neue Durchsichtigkeit und eine neue Tragweite.

Kaum wäre es jetzt noch nötig, für das Verständnis des Hercules daran zu erinnern, was Diodor, dem alten Geschichtschreiber Timäus folgend, in den sinnlichen Zügen größtenteils ganz und gar verschieden, aber in der Idee schlechthin übereinstimmend, von dem Zuge des Hercules in Italien erzählt[2]). Dieser Repräsentant der letzten pelasgisch-hellenischen Kolonie, die nach Italien kommt[3]), durchwandert nach Diodor das Land der Liguren und der tyrrhenischen Pelasger (Etrusker)[4]) — wo also für ihn kein Ort des Bleibens gewesen zu sein scheint — und schlägt an der Tiber, da wo jetzt Rom steht, sein Lager auf. Erst viele Menschenalter später sei Roma von Romulus erbaut worden. Damals sei nur der palatinische Hügel von Eingeborenen bewohnt gewesen, welche eine ganz kleine Stadt innehatten. Hier trifft Herakles freundlichen Empfang. Von den zwei angesehensten Männern dieser Hügelbewohner, Cacius und Pinarius, sei er äußerst gastfrei aufgenommen und beschenkt worden. Nicht nur das Andenken dieser Männer habe sich noch immer erhalten, sondern auch das Geschlecht der Pinarier, das älteste in Rom,

---

[1]) Dionys., I, c. 16, p. 19: *„καὶ πολλὰ ἐφέστια* (lares) *ὅλα ἐξηλείφθη, μέρους αὐτῶν μεθισταμένου κ. τ. λ.“*

[2]) Diodor. Sic., lib. IV, c. 21, I, 335, ed. Dind.

[3]) Vgl. die Resultate der Forschungen von Raoul-Rochette (Hist. des Colonies Grecques), Niebuhr, Dolomien u. a.

[4]) *„Ἡρακλῆς δὲ διελθὼν τήν τε τῶν Λιγύων καὶ τὴν τῶν Τυῤῥηνῶν χώραν κ. τ. λ.“*

dauere noch jetzt zu seiner Zeit fort. Herakles habe sich diese freundliche Gesinnung (*τὴν εὔνοιαν*) der Hügelbewohner wohl gefallen lassen und ihnen verkündet: wer nach seinem Heimgange zu den Göttern dem Hercules den Zehnten von seinem Vermögen zu weihen geloben werde, der werde ein beglückteres Leben haben[1]). Und wirklich dauere diese Sitte noch fort bis auf seine, Diodors, Tage. Viele Römer, nicht bloß solche von mittlerem Vermögen, sondern auch von den reichsten hätten gelobt, dem Herakles zu zehnten, und seien gerade darauf so mit Gütern gesegnet (*εὐδαίμονας*) worden, daß ihr Vermögen sich auf 4000 Talente belief. So habe Lucullus sein Vermögen schätzen lassen und dem Gotte den ganzen Zehnten geopfert durch Veranstaltung lang fortdauernder Schmausereien[2]). Die Römer hätten aber dem Gotte einen Tempel an der Tiber errichtet, um die Opfer aus dem Zehnten darzubringen.

Nach den vorher mitgeteilten Berichten kann die Bedeutung dieser von Diodor nach Timäus gegebenen Erzählung nicht mehr dem geringsten Zweifel unterliegen.

Der Vermögenszehnte, den Herakles bei jenen, die ihn freundlich empfangen, für sich einführt, der Zehnte, von dem er verspricht, daß er denen, die ihn zu weihen geloben, ein wohlbeglückteres Leben schaffen werde, und der — ganz wie in dem Mythus der Acca Larentia, die durch den Rat des Gottes dem römischen Volke zustande gebrachte reiche Erbschaft — in der Tat einen so reichen irdischen Segen nach sich zieht, er ist nicht ein Zehn-

---

1) „. . . *προεῖπεν αὐτοῖς, ὅτι μετὰ τὴν ἑαυτοῦ μετάστασιν εἰς τοὺς θεοὺς τοῖς εὐξαμένοις ἐκδεκατεύσειν Ἡρακλεῖ τὴν οὐσίαν, συμβήσεται τὸν βίον εὐδαιμονέστερον ἕξειν.*“

2) Ebenso Sulla (siehe Plutarch, I, 474, A.) und auch Crassus (siehe Plutarch, das., S. 543, C.).

ten, den Herakles sich einführt, er ist die Einführung des herakleischen Prinzipes in den Zehnten; er ist jene Umwandlung des den Unterweltsgöttern gespendeten Menschenzehnten in einen Vermögenszehnten, die wir nach Dionysius, Varro und Stephan von Byzanz den Herakles bei den mit den Aborigenern vermischten Pelasgern haben vollbringen sehen.

Und gleichsam damit dem eigenen Denken auch nicht das geringste übrig bleibe, und um uns in den Stand zu setzen, einen mathematischen Beweis zu führen, ist uns bei Plutarch die Nachricht erhalten: Herakles habe die Römer von einem Zehnten, den sie den *Etruskern* bis dahin zu entrichten gehabt hätten, befreit[1]), und es wird dabei von Plutarch die Frage aufgeworfen, ob diese Tatsache nicht der Grund davon sei, daß so viele reiche Römer dem Herakles ihr Vermögen verzehnten. Herakles führt also gar nicht einen Zehnten für sich ein, sondern er befreit die Römer von jenem Zehnten, den sie der etruskischen Substanz entrichten, er vollbringt und bedeutet die Umwandlung des pelasgisch-etruskischen in den deshalb ihm gewidmeten Vermögenszehnten.

Nachdem jetzt aber die Bedeutung des herakleischen Prinzipes für die italische Mythologie ins Klare gestellt ist, bedarf auch der Mythus der Acca Larentia nur noch der Zusammenfassung seiner Züge, um in voller Klarheit seine großartige Bedeutung zu enthüllen.

Wenn in der Erzählung des Varro und Dionysius ethno-

---

[1]) Plut. Quaest. Rom., p. 267, E., II, 95, ed. Wytt.: *„Διὰ τί τῷ Ἡρακλεῖ πολλοὶ τῶν πλουσίων ἐδεκάτευον τὰς οὐσίας; . . . Ἢ ὅτι Ρωμαίους ὑπο Τυῤῥηνῶν δεκατευομένους ἀπήλλαξεν;“*

graphische und religionsgeschichtliche Züge von hohem Interesse hervortraten, so ist in dem Mythus der Acca Larentia noch etwas ganz anderes gegeben.

Es ist einer der wunderbarsten und gewaltigsten Mythen, die uns das Altertum hinterlassen hat, und statt irgend entstellt und verdorben zu sein, bedarf er in wahrhaft künstlerischer Vollendung nicht eines Zuges mehr, und kann nicht einen entbehren, um jenen weltbewegenden Hergang auszusprechen, den er in tiefer Bedeutsamkeit ausspricht.

Acca Larentia, das Wesen, an dessen Brüsten Rom gelegen hat, personifiziert in seinem Gründer Romulus, ist ein Mischwesen, eine Hure, wie Rom den Charakter der Völkermischung, aus dem es entsprungen, naiv und treu darstellt.

Sie ist die Frau des Hirten Faustulus, der jenen palatinischen Hügelbewohnern entspricht, die nach Diodor den Herakles so bereitwillig aufnehmen. Doch sie ist Hure, und als solche vermischt sie sich mit dem Tusker Carutius. Aber sie hat sich auch mit Herakles vermischt und den Einfluß dieses Prinzipes in sich aufgenommen.

Die Vermischung mit dem Gotte war nach dem Mythus, der die Aufeinanderfolge umkehren muß, um die objektive Entwickelung des Seins zu einem plan- und zwecklos Gewollten göttlicher Fürsehung zu machen, die treibende Veranlassung zu der Vermischung mit der tuskischen Substanz. Der hierauf hinauslaufende Rat ist die einzige und höchste Belohnung, die ihr der Gott für ihre Vermischung mit ihm geben kann, ein zukunftsvoller Götterauftrag, dem Acca Larentia, treu ihrem Metier, gehorsamt.

Indem sie sich mit beiden mischt, mit der tuskischen Substanz und dem herakleischen Prinzip, und so die Vermischung beider miteinander in sich selbst bewirkt, ist hier-

durch jene negative Stellung der tuskischen Substanz (s. oben S. 709fg., 711—719) überwunden. Das herakleische Prinzip ist in sie eingeführt, der Abgrund der Unterwelt ist geschlossen, der Vermögenszehnten ist an die Stelle des Menschenzehnten, das Opfer von Kerzen an die Stelle des Menschenopfers, das Opfer von Bildchen und von Mohn- und Knoblauchköpfen an die Stelle desjenigen von Menschenköpfen getreten, und die Larenmutter Mania aus ihrer unterweltlichen verzehrenden Stellung herausgerissen und in ein heilbringendes Wesen der Lebendigen verkehrt worden (s. oben S. 708). Das ist der reiche irdische Segen, der aus der Mischung mit dem Etrusker nach dem Beischlaf mit dem Gott auf das römische Volk herabströmt. Jetzt wissen wir auch, warum es bei Macrobius heißt, daß der Menschenopferkultus der Laren und der Mania von dem etruskischen Tarquinius nicht eingeführt, sondern wiedereingeführt, wiederhergestellt worden ist (restituti, s. oben S. 706).

Auf welche Weise gelangt denn aber im Mythus der Acca Larentia das römische Volk zu jenem aus dieser Überwindung der negativen Richtung der etruskischen Substanz auf es herabströmenden reichen irdischen Segen? In merkwürdiger Vollendung antwortet uns darauf der Mythus selbst: „cum decederet, populum Romanum *nuncupavit heredem*"[1]). Als Larentia, die Amme des Romulus, stirbt,

---

[1]) Macrobius, a. a. O., S. 242. Es ist bemerkenswert, daß die römische Tradition bei der Angabe, wie Acca Larentia zuvor selbst das Vermögen von ihrem tuskischen Gatten nach dessen Tode erlangt habe, nie von Testament, auch nicht einmal von hereditas überhaupt spricht, sondern da heißt es nur: „post obitum viri *omnium bonorum ejus facta compos*"; siehe Macrobius, a. a. O.

nunkupiert[1]) sie, verkündet sie das römische Volk als testamentarischen Erben! Nicht das Objekt der Bereicherung, nicht die fabelhaften Äcker, sondern das Mittel der Bereicherung selbst, das Testament, ist der reiche Segen, der sich aus jener Überwindung der negativen Richtung seiner pelasgisch-tuskischen Substanz auf das römische Volk herabergießt, der mit dieser durch die Mischung vollbrachten Überwindung sofort gegeben und vorhanden ist.

Die pelasgische Substanz, die unendliche Willenssubjektivität des Lar, aus seiner negativen Stellung, die er in der religiösen Vorstellung einnimmt, herausgerissen, ist der im Erben fortexistierende Lar und darum seine von ihm selbst gesetzte Willensfortexistenz oder der testamentarische Erbe! — Die unendliche Willenssubjektivität aus der Unterwelt, in welche sie das dumpfe Insichsein der religiösen Vorstellung versenkt, herausgerissen und gesetzt als geltend oben in der geistigen Wirklichkeit der Lebenden — das ist das Recht überhaupt. Durch das Testament, wie wir oben sagten (s. S. 713), ist der Abgrund der Religion geschlossen und der Orkus zur Oberwelt oder zum Recht heraufproduziert. Das Testament und das Recht — das ist der reiche irdische Segen, der ein „beglückteres Leben hervorbringende" Segen (*τὸν βίον εὐδαιμονέστερον ἕξειν*) des römischen Volkes, der ihm aus jener mischenden windung seiner pelasgisch-tuskischen Substanz stammt!

So ist Acca Larentia nur die eigene Selbstpersonifikation und Selbstanbetung Roms; es ist nur die Gestalt, in welcher Rom seinen eigenen historischen

[1]) Bekanntlich der solennelle Ausdruck für die älteste zivilistische Testamentsform.

Genius anschaut und als göttlich verehrt. Alles, was wir oben aus dem Begriff entwickelt, das haben wir hier als die *eigene*, aber wieder nur dem Begriff lesbare Runenschrift des alten Mythus wiedergefunden![1])

Jetzt wissen wir auch, warum es bei Sabinus Massurius[2]) heißt, Acca Larentia sei Mutter von zwölf Söhnen gewesen, von denen sie einen durch den Tod verloren und an dessen Stelle sie Romulus eingesetzt habe.

Es ist die deutlichste Beziehung auf den berühmten etruskischen *Zwölfstädtebund*, wie denn ja auch die Etrusker bei der Ausbreitung ihrer Herrschaft im Tiber- wie im Paduslande *zwölf* Städte gegründet haben sollen[3]) und die frühere Abhängigkeit Roms von etruskischer[4]) Suprematie, die in der Periode der beiden Tarquinier so deutlich ausgesprochen ist, im allgemeinen lange anerkannt ist[5]).

---

[1]) Jetzt sehen wir auch, daß es richtig ist, wenn K. O. Müller (siehe oben S. 726) im Namen der Larentia die klare Beziehung auf Lar erkennt; aber falsch, wenn er sie mit der Larenmutter Mania identifizieren will. *Sie ist das von den Laren herkommende, aber überwundene, umgewandelte Wesen derselben.* Jetzt begreift sich auch, warum im alten Kalender unmittelbar auf das Fest der Laren das der Larentia folgt.

[2]) Bei Gellius, N. A., VI, c. 7.

[3]) Siehe K. O. Müller, Etrusker, I, 73, 131, 168, 344 fg.

[4]) Jetzt begreift sich auch, wie so Dionysius v. Halic. (I, 29) bei so vielen griechischen Schriftstellern die Meinung finden kann, daß Rom eine *etruskische* (tyrrhenische) Stadt sei, und Herakleides Ponticus (ap. Plutarch. Camill., 22) sie dennoch eine *hellenische* Stadt nennen kann.

[5]) Niebuhr, Römische Geschichte, 2. Ausg., I, 425: „Ich will hierüber nicht weiter grübeln, aber in dieser Darstellung, wie in der gewöhnlichen von L. Tarquinius Priscus, ist die Ansicht klar, daß Rom einst tuskische Formen von einem Für-

Es hat sich uns so eine feste Grundlage für die Entwirrung der gesamten Sagen- und Ursprungsgeschichte Roms ergeben, die hier nicht weiter verfolgt werden kann, aber nur geistig festgehalten zu werden braucht, um zur Aufwickelung dieses Knäuels zu führen.

Servius, den man den historischen Romulus nennen könnte, dessen mythisch vorausgeworfener Schatten Romulus nur ist, er, von dem wirklich spezifisch-römischer Geist und Verfassung stammt, trägt wieder denselben Mischcharakter, das Dasein der tuskischen Substanz und die Überwindung derselben, durch seinen Ursprung auf der Stirn. Auf dem Herde des etruskischen Königs Tarquinius Priscus, da, wo die Römer die Sacra verrichten[1]), da entsteht plötzlich aus der Asche ein männliches Zeugungsglied. Und zwar ist es, wie die Sage ausdrücklich berichtet, der Lar, der diese Gestalt angenommen hat. Er wird zuerst von einer latinischen Sklavin gesehen, die es der Königin Tanaquil hinterbringt. Diese, tief erfahren in etruskischer Divinationswissenschaft, verkündet dem König, der Schicksalsbeschluß sei, daß ein

sten dieser Nation erhalten habe und die große und glänzende Hauptstadt eines mächtigen etruskischen Staates war"; vgl. K. O. Müller, Etrusker, I, 121—123. — Insofern aber Niebuhr in den angeführten Worten von den tuskischen Formen, welche Rom von einem Fürsten dieser Nation erhalten hat, den von ihm zuerst durch die Rede des Claudius in seiner Identität mit dem tuskischen Mastarna nachgewiesenen Servius Tullius meint, auf den die Römer ihre Verfassung zurückführen, greift sein durch historischen Blick nur ganz im allgemeinen in richtiger Richtung getriebenes Vermuten völlig fehl. Servius Tullius-Mastarna ist gerade enttuskerndes, das spezifisch Römische produzierendes Moment, worüber hier im Text nur eine kurze Andeutung folgen kann.

[1]) „Ἐφ' ἧς ἄλλας τε συντελοῦσι Ῥωμαῖοι ἱερουργίας κ. τ. λ.

mehr als menschliches Geschlecht[1]) aus dem Weibe hervorgehe, welches sich mit diesem Zeugungsglied vermischen werde. Aber Tarquinius beschließt zum Unglück seines Hauses, jenes Weib selbst, das ihn zuerst gesehen, solle den Beischlaf mit ihm vollziehen. Und so entspringt aus der Vermischung des tuskischen Lar mit der latinischen Sklavin — Servius Tullius, der König von Rom wird und die römische Verfassung gründet[2]).

Also auch Servius, der spezifische Schöpfer des Römischen, ist nur dies — ganz wie wir dies im Mythus der Acca Larentia gesehen haben —: hervorgegangen zu sein aus tuskischem Larentum, aber nur durch seine mischende Überwindung[3]).

Dieser Servius selbst ist es nun, welcher nach den Zeugnissen der Alten zur Erinnerung an seinen Ur-

---

[1]) *„ὅτι γένος ἀπὸ τῆς ἑστίας τοῦ βασιλείου πέπρωται γένεσθαι κρεῖττον ἢ κατὰ τὴν ἀνθρωπείαν φύσιν ἐκ τῆς μιχθείσης τῷ φαντάσματι γυναικός.“*

[2]) Siehe den Bericht bei Plinius, XXXVI, 70. Dionysius v. Halic., IV, 2, p. 207, ed. Sylb. (aus welchem die angezogenen Stellen). Arnobius, Adv. gent., V, c. 17, p. 178. Ovid, Fast., VI, 627. — Plinius sagt ausdrücklich lar, und Dionysius übersetzt das lateinische lar ganz richtig und genau, wenn er ihn einen *κατ᾽ οἰκίαν ἥρως* nennt; vgl. über den aus dem Larendienst entsprungenen Heroendienst der abgeschiedenen Vorfahren Isaak Casaubonus zu Sueton. Caes., c. 88, p. 226, ed. Wolf., und Raoult-Rochette in den Monumens inédits, wonach auf Denkmalen die abgeschiedenen Seelen häufig als *ἥρωες* vorkommen und ihre Grabmäler *ἡρῷα* genannt werden, womit wieder die sprachliche Bemerkung über *ἥρως* oben, S. 305, Note 1, zu vergleichen ist.

[3]) Ja, diese Identität ist so unleugbar, daß eben deswegen der Ursprung von Romulus selbst auf solche Zeugung zurückgeführt wird; siehe Plutarch, Romul., c. 2.

sprung den Laren die Spiele der Kompitalien stiftet[1]). Das sind aber eben die Laren in ihrer neuen Wendung, die Laren, die jenen Scheideweg in sich schon eingeschlagen haben, die Laren in ihrer versöhnten Wendung zum Guten und als frohe Heilsgötter, zu denen sie sich durch jene Überwindung ihres negativen Wesens umwenden (siehe oben S. 706 fg.). Dies tritt, wie in dem Namen[2]) dieser Compitalia, nach welchen die Laren auch lares compitales genannt werden, so auch in den Berichten der Alten und in den Gebräuchen dieses Festes deutlich hervor. Es sind Spiele und Freudenfeste, und es reicht hier hin, an den charakteristischen Zug zu erinnern, daß an diesen Festtagen der Laren die Sklaven volle Freiheit gleich ihren Herren genießen[3]), in deutlicher Erin-

---

[1]) Plinius, a. a. O.; Dionysius v. Halic., IV, p. 219, ed. Sylb.; A. Gellius, N. A., X, 24.

[2]) Compitalia werden nämlich diese Spiele genannt von compitum, Scheideweg, weil sie ihnen nach Servius' Verordnung an Scheidewegen gefeiert werden, worin aber nichts anderes als wiederum, unter Anspielung auf den bekannten Mythos vom Scheideweg des Herakles — dem deshalb auch die Scheidewege heilig sind — die Beziehung auf jenes herakleische Prinzip und auf die durch dasselbe in ihnen vollbrachte Umwendung zu freundlichen, versöhnten, durch Spiele ergötzten Göttern hervortritt. So werden jetzt die Laren auf Kreuz- und Scheidewege gesetzt (Servius bei Dionysius, a. a. O., befiehlt, daß ihnen an allen Scheidewegen Heiligtümer errichtet werden müssen), zu denen sie, die ins Innerste des Hauses gehören, sonst nicht die geringste Beziehung haben, und es entstehen lares compitales, viales usw. So begreift sich auch das Verbot bei Cato in bezug auf die Laren: „Rem divinam nisi compitalibus in compito, aut in foco, ne faciat."

[3]) Siehe die Stellen Note 1, und Cicero, Epist. ad Attic., VII, 7; Horatius, Od. III, 17, 14, und Mitscherlich dazu; vgl. Hempelius de Diis Laribus, p. XLIII sqq., und

nerung daran, daß es ihr eigenes Freiheitsfest ist, das Fest ihrer Befreiung von der religiös-hieratischen Herrschaft, das die Römer hier feiern. So auch begreift sich erst die große, von ihnen selbst nicht erklärte Wichtigkeit, mit welcher Dionysius und andere die Gründung dieses Festes als eine der Hauptverordnungen des Servius anführen.

Allein wenn wir sagten, nur den Laren in dieser versöhnten Wendung stiftet Servius diese Compitalia, und er ist es, der diesen Kultus ihrer als versöhnter Wesen einführt, und dies ist die Bedeutung der Compitalia, so ist dies alles ja am entscheidendsten dadurch erwiesen, wenn wir uns noch einmal der Stelle des Macrobius (Sat. I, c. 7) zuwenden. Denn aus dieser erfahren wir ja, daß Tarquinius gerade gegen diese von Servius den Laren gestiftete Compitalia auftritt und an Stelle dieser den laribus compitalibus gefeierten Wendespiele den Laren und der Mania den alten Menschenopferkultus wiederherstellen will[1]).

Aber so sehr auch die alte etruskische Substanz gewaltig von neuem anstürmt, sie kann des versöhnten Geistes nicht mehr Herr werden. Die Periode des Tarquinius Superbus, die Eroberung Roms durch Porsenna ist diese Periode des römischen Kampfes für das spezifisch-römische Bewußtsein, für seine Befreiung, Herausentwickelung und Losreißung von der hieratischen Herrschaft des religiösen

---

Morestellus de fer. Rom., Dialog. XI, in Graevii Thes. Antiqu., VIII, 803 sqq.

[1]) „Qualem nunc permutationem sacrificii, Praetextate, memorasti, invenio postea *Compitalibus celebratam*, cum ludi per urbem in compitis agitabantur, *restituti* scilicet a Tarquinio superbo Laribus ac Maniae," heißt es bei Macrobius. Die Lares, denen Tarquinius ihre Feier restituieren will, treten in der Stelle von selbst in Gegensatz zu den lares compitales.

Elementes, die trotz der vorübergehenden tuskischen Waffenerfolge nicht mehr aufgehalten werden kann. Die Religion kann des Rechtes nicht mehr Herr werden! Aber in der Erinnerung Roms behauptet sie sich noch als die Grundlage seines Entstandenseins, wie sich dies (s. oben S. 714 fg.) in dem eigentümlichen Verhältnis Roms zu etruskischer religiöser Disziplin zeigt, und in den Iden des Mai, im Frühlingsäquinoktium, stürzen noch zu des Dionysius Zeit im feierlichen Aufzuge die Pontifices, die Vestalinnen und die Prätoren — als sollte jenes Hervorgegangensein des Rechtes aus der Religion durch dieser Gegenwart angedeutet werden — dreißig Bildchen von Menschen von der heiligen Brücke in den Tiberstrom, und Dionysius selbst erzählt, daß ihnen dieser Gebrauch von Hercules gelehrt worden sei, der einen Altar auf dem saturnischen Hügel gegründet, die Menschenopfer bei ihnen abgeschafft und, um die erzürnten Götter wegen der Vernachlässigung der heimischen sacra zu versöhnen, jene bildliche Opferung angeordnet hätte[1]).

So hat sich denn durch allmähliches und systematisches Zurückgehen ein großes Stück Vorgeschichte unseren Augen enthüllt, und wenn Niebuhr (a. a. O.) noch ausruft, daß sich hier nur „von der Höhe her einige Punkte in grauer Ferne kenntlich zeigen, die, wenn man herabstiege, um sich ihnen zu nähern, sich sogleich wieder aus dem Blick verlieren“[2]), so haben sich uns vielmehr in

---

[1]) Dionysius v. Halic., I, c. 24, p. 30, ed. Sylb.

[2]) Der prinzipielle Unterschied der hier entwickelten Auffassungsweise von der Niebuhrschen muß von selbst klar sein. Niebuhr faßt den vorgeschichtlichen Stoff, insbesondere die Periode der Tarquinier, als freie Poesie auf; er sieht in ihnen ein Heldenlied, ein Nibelungenlied „von der Helden Not“. Geschichtliche Sage und Mythos ist aber niemals freie

Bestimmtheit die scharf geschnittenen Umrisse dieses Entstehungsprozesses und seiner geistigen Faktoren ergeben.

Der Zusammenhang aber, der uns zu diesen Untersuchungen trieb, war kein willkürlicher, er war die treibende Seele des Stoffes selbst. Wo das Recht in seiner Tiefe erfaßt wird, da wird ganz mit derselben Notwendigkeit auf die Entstehungsgeschichte Roms hingetrieben, mit welcher die Entstehung Roms sich zur Produktion des Rechtes getrieben hat.

Das allgemeinste philosophische Resultat aber, das sich uns aus diesen Entwickelungen ergeben hat und mit welchem wir dieselben schließen wollen, ist folgendes. Pelasger und Römer, Pelasger und Hellenen, dies, was wir als ein reales völkergeschichtliches Verhältnis auszusprechen pflegen, stellt ebenso sehr ein reines Verhältnis der

---

Poesie, und am wenigsten bei den Römern. Es ist mythische Verarbeitung eines sehr realen, geistig-historischen Inhaltes, der aus dieser seiner ihn oft bis zur Unkenntlichkeit treibenden Umbildung nur herausgelöst sein will. Aus jenem Verhältnis Niebuhrs zum geschichtlichen Stoff fließt seine Überlegenheit in rein kritischer Beziehung, und seine Schranke, das Positive in jenem Sagenstoffe zu erkennen. Daher der totale Gegensatz in den Resultaten, zu denen sich seine Betrachtungsweise gegen die obige treiben muß. So sieht er z. B. (2. Ausg., II, 572) in der Erzählung, daß Tarquinius Menschenopfer eingeführt habe, eine aus bloßem Parteigeist entstandene Erdichtung, oder (das. S 609) in der von ihm selbst angezogenen Nachricht des Plutarch, daß Herkules die Römer vom etruskischen Zehnten befreit habe, den allegorischen Ausdruck davon, daß sie es „durch eigene Kraft" getan haben, und will die Nachricht deshalb auf die durch Porsenna den Römern auferlegte Abhängigkeit beziehen. Wir glauben durch eine vollständigere Betrachtung des hier einschlagenden Stoffes gezeigt zu haben, wie in dem letzten Faktum so wenig von einer Allegorie, als in ersterem von einer Parteierdichtung die Rede ist. Beide Nach-

Idee, den Übergang und Durchbruch derselben Substanz aus einer Form des menschlichen Geistes in eine höhere dar, den Übergang der unendlichen Subjektivität aus der Form der phantastischen Innerlichkeit der Religion, bei den Hellenen in die höhere Form und Realisation der Kunst, bei den Römern in die höhere Form und Realisation des Rechtes.

Die Religion bleibt bei beiden Geistesgestalten hinter ihnen liegen, bei den Römern als jener überwundene Zusammenhang mit seiner mütterlichen Wurzel, wie wir dies oben (S. 711 fg.) gezeigt, bei den Griechen, wo dies nur sinnlich weniger stark in die Augen tritt, dadurch, daß der religiöse Boden, wie schon bei Homer der Fall, nur zum Ferment und Stoff für die umgestaltende Tätigkeit der Kunst genommen wird.

---

richten, scheinbar so getrennt, hängen vielmehr ganz miteinander, hängen wiederum ebenso, wie sich gezeigt hat, mit einer Masse scheinbar ebenso unabhängiger und selbständiger Überlieferungen auf das innigste zusammen, und sind Züge in diesem großen Gewebe, welches die religionsgeschichtliche Umwälzung und den Bildungsprozeß des spezifisch-römischen Geistes heraustreten läßt. Wenn nach dem, was wir zuletzt über Servius angedeutet haben, die Acca Larentia, die des Romulus Amme ist, nach so vielen Berichterstattern erst unter Ancus Martius gelebt und zu seiner Zeit sich mit Herakles vermischt haben soll, so leuchtet jetzt durch die bloße Betrachtung, daß dieser Ancus der König ist, der unmittelbar vor der tarquinischen Herrschaft (L. Tarquinius Priscus) und dem in ihr erfolgenden Auftreten des Mastarna-Servius herrscht, ohne daß dies hier weiter verfolgt werden kann, von selbst ein, in welchem innigen Zusammenhange es mit dem oben Nachgewiesenen steht. — Nicht ein Heldenlied, sondern die Residua eines der größten und wahrsten kulturhistorischen Prozesse, und der wahrhafte Entwickelungsprozeß des spezifisch-römischen Geistes ist es, den wir in jenen Mythen vor uns haben.

XLII. Schluß.

Wir glauben nunmehr den Zweck, den wir uns gestellt, vollständig erreicht und das römische Erbrecht in seiner dogmatischen Entfaltung, wie in seiner historischen Bewegung auf das strengste als das Dasein des spekulativen Begriffes nachgewiesen zu haben, den wir sub Nr. I als den kulturhistorischen Inhalt des römischen Volksgeistes entwickelt haben; des Begriffes der Unendlichkeit und Perpetuierung des subjektiven Willens, oder, wie wir dies, um Analogie und Unterschied mit anderen Stufen des welthistorischen Geistes bestimmt hervorzuheben, schon dort darlegten: des Begriffes der Unsterblichkeit des Geistes, der aber noch nicht als Geist aufgefaßt wird, sondern sich vorerst nur auffaßt als der der objektiven Außenwelt entgegengesetzte, und daher mit ihr als seinem notwendigen Gegensatze behaftete und sich auf sie beziehende subjektive Wille der Person.

Aus dem so gefaßten spekulativen Begriff in dieser seiner konkreten Präzision ergibt sich sofort das Gesamte des römischen Erbrechtes, Dogmatik wie Geschichte.

Nur von diesem spekulativen historischen Begriff aus begreift sich der wahrhafte Geist des römischen Erbrechtes; nur so entwickelt und gestaltet sich von selbst der gesamte erbrechtliche Stoff bis in seine einzelnsten Sätze hinein, wie wir hinreichend zeigten, zu einem konsequenten Systeme immanenter Vernunft, während es sonst im ganzen wie in seinen Einzelheiten durchaus mißverstanden wird. Nur so begreift sich auch die Geschichte dieses Rechtes als eine innerlich zusammenhängende Gedankenbewegung, bei der das Spekulative und Interessante darin besteht, das Ge-

doppelte zu begreifen: wie in dieser Fortbewegung der ursprüngliche spekulative Begriff (das alte Zivilerbrecht) ebenso sehr beständig schrittweise von sich abläßt, sich veräußerlicht und in sein Gegenteil (die Erbschaft als Vermögenserwerb) überzugehen anfängt, als diese Bewegung andererseits wiederum beständig den inneren Zusammenhang mit dem spekulativen Begriff des Zivilerbrechtes noch bewahrt, sich dieser Wurzel nie entäußert, und noch in ihrem Ablassen von ihm unter seiner treibenden Einwirkung steht. Charakter wie innere Notwendigkeit dieser Fortbewegung haben wir aufgezeigt. Denn wir haben gesehen, wie urspünglich der spekulative Begriff des Erbtums als der identischen Willensperpetuierung sich ohne Rücksicht auf das Vermögen und selbst im schroffsten Gegensatz zu dem Vermögen verwirklicht; wie aber das Erbtum eben hierin an dem selbständigen subjektiven Willen des Erben, der im Gegensatz zum Vermögen gebracht, immer häufiger auszuschlagen anfängt, das innere Moment seiner Reibung findet[1]), und daher den individuellen Willen des Erben für die Herstellung der Willensidentität erst durch sein persönliches Interesse interessieren muß (lex Falcidia), einen Übergang des Erbtums, den man als den Grundsatz sacra non sine pecunia aussprechen kann, und der somit innerlich durchaus übereinstimmt und zusammentrifft mit dem Grundsatz sacra cum pecunia, der sich inzwischen aus der äußersten

---

[1]) Daß der realiter enterbte Erbe ausschlägt, ist, wie wir wiederholen müssen (s. Nr. VII), nicht äußerlich und zufällig zu nehmen, sondern es zeigt sich darin nichts anderes, als daß der Wille des Erben, den der Erblasser als das Dasein seines Willens setzt, vielmehr ein anderer und verschiedener von ihm ist; d. h. es zeigt sich darin der Kampf des Erbtums mit seiner eigenen Voraussetzung.

subsidiären Falte des Intestaterbrechtes, der usucapio pro herede, zu einem selbständigen, besonderen und subsidiären Erbrecht, dem Erbrecht als Vermögenserwerb oder der prätorischen bonorum possessio heraus entwickelt hat.

Mit der lex Falcidia ist also auch der zivilistische Testamentsbegriff bereits an sich in dasselbe übergangen, was das subsidiäre prätorische Erbrecht seinerseits ist. Der Erblasser soll seine Fortexistenz sichern, indem er den Erben für die Verwirklichung des testamentarischen Willens bestimmt. Dies hat er auch erreicht; allein indem er dies nur dadurch erreichte, daß er das persönliche Interesse des Erben befriedigen mußte, hat er an sich den Willen desselben bereits als einen anderen, übergreifenden und den Erblasser negierenden (während ja dieses letzteren Wille die zu perpetuierende und als fortbestehend aufzuzeigende ursprüngliche Substanz des Erbtums war) anerkannt. Er hat den Erben als notwendigen Vermögensnehmer anerkannt, oder als seine, des Erben, Substanz das Vermögen gesetzt. So hat sich denn auch die zivilistische Sphäre für sich selbst zu demselben Prinzip hingetrieben, wohin sich jener, aus ihr als ein besonderes Recht herausgesetzte subsidiäre Keim entwickelt hat; sie kann und muß daher von nun an dasselbe wieder in sich aufnehmen und, ihren zivilistischen Unterschied gegen dies besondere und subsidiäre prätorische Erbrecht allmählich aufgebend, sich mit demselben zu einer Einheit durchdringen. So ist also auch für das zivilistische und testamentarische Erbtum die Umwandlung des spekulativen Erbtumsbegriffes in einen Vermögenserwerb gegeben, eine Umwandlung, die in den mannigfaltigsten und feinsten Verschlingungen immer noch an den Begriff der Willensidentität gebunden, als Ende dieser langen Bewegung endlich die justinianeische

Erbschaft *sub beneficio inventarii* produziert[1]), in welcher letzten Entäußerung seines spekulativen Begriffes, die wir im römischen Recht eintreten sehen, der Vermögenserwerb die siegreiche Gleichstellung erlangt, von dem Erben als das Substantielle seines Verhältnisses offen gesetzt werden zu können.

Endlich gelangt man erst durch dieses Verständnis des Erbrechtes zu dem wahrhaften und konkreten Verständnis des welthistorischen Inhaltes des römischen Volksgeistes und seines dialektischen Verhältnisses zu den ihm vorangehenden und ihm nachfolgenden Stufen der geistigen Entwickelung. Ebenso hat sich dabei ein heller Blick in die Bedeutung des jus civile überhaupt, und sein Verhältnis zum römischen Geiste ergeben. Es hat sich ganz konkret gezeigt, wie das jus civile nichts anderes ist als das Dasein des spekulativen Begriffes, welcher den ursprünglichen Inhalt des römischen Volksgeistes ausmacht, in seiner unerschüttert substantiellen Gedrungenheit. Das prätorische Recht ist nichts anderes als die Bewegung des römischen Volksgeistes, in der Form der Ergänzung und Fortbildung, sich die spezifische Substanz dieses Volksgeistes allmählich abzuarbeiten und abzuschleifen und in allgemein-menschliche Verhältnisse münden zu lassen, eine Bewegung, welche ihrer äußeren Form nach jetzt von dem unter der Form der Billigkeit gegen den spekulativen Begriff reagierenden Verstand vollzogen wird. Das prätorische Recht ist so nichts anderes als die große und langsame Arbeit der allmählichen Entnationalisierung. Diese Arbeit trifft daher innerlich wie äußerlich in ihren Endpunkten mit dem Christentum zusammen und macht durch diese von ihr vollzogene Auflösung des spezi-

---

1) L. 22 C. (6, 30).

fischen Volksgeistes Rom fähig, den allgemeinmenschlichen, kosmopolitischen Geist des Christentums in sich aufzunehmen.

Wie die stoische Philosophie diesen selben auflösenden und für die christliche Anschauung vorbereitenden Prozeß im reinen Gedanken bezeichnet, so stellt ihn das prätorische Recht als sich bereits in der Rechtswirklichkeit des Volkslebens vollziehend dar. So gestaltet sich die Historie zu einem überall zusammenhängenden, überall durchsichtigen und lichtvollen Ganzen vernünftiger Bewegung. — Wenn bisher das römische Erbrecht so sehr mißverstanden wurde, so liegt hier, wie bei so vielem anderen, eine hauptsächliche Schuld daran, daß bei der Beschäftigung mit römischem Recht immer von dem justinianeischen Recht, also vom römischen Recht in seiner letzten Gestalt ausgegangen wird. Das justinianeische Recht ist aber eben ein letztes, das somit gar nicht aus sich selbst begriffen werden kann. Um zu wissen, was Rom sei, muß überall auf das älteste Zivilrecht zurückgegangen, und von ihm der Ausgangspunkt genommen werden. Von hier aus erhellt sich dann erst auch jene letzte Gestalt, die das Moment ihres Gewordenseins, und somit das Moment ihrer Erklärung, nur in ihm, durchaus nicht in sich selbst hat. —

Wenn es zwecklos wiederholend wäre, ausführlicher, als in diesem flüchtigsten Rückblick auf das allgemeinste Lineament der erbrechtlichen Bewegung geschehen ist, den ideellen Gehalt und Gang desselben zu betrachten, der sich aus der Zusammenfassung des bei dem konkreten Reichtum des Materials von uns eingehend Entwickelten von selbst ergibt, und vom Geiste nur in einer ihm gegenwärtigen Einheit mit jenem Detail erfaßt werden kann, so ist es dagegen erforderlich, auf zwei Punkte nochmals hinzu-

weisen, zwei Punkte, welche den Faden bilden, durch welchen die Darstellung des Erbrechtes mit dem Ganzen unseres Werkes zusammenhängt, und die uns die Veranlassung zu dieser Darstellung gebildet haben.

Der eine Punkt ist jener, daß das Erbrecht vor der Adition kein erworbenes Recht ist, wovon wir erst die innere Notwendigkeit kennen gelernt haben, weil, wie das Allgemeine nur aus allen Einzelheiten sich ergibt, so auch wechselwirkend das einzelne erst aus dem Allgemeinen sich wahrhaft begreift.

Dieser Punkt selbst ist aber nur eine in seinem Wesen identische Folgerung aus jenem anderen Punkte, welcher uns ebenso berechtigt wie genötigt hat, dem Erbrecht eine so ausführliche und selbständige Entwickelung zu widmen, und überhaupt nicht mehr ein bloßer Punkt zu nennen ist. Er ist vielmehr die geistige Achse des gesamten Erbrechtes. Wir meinen den in Bd. I, § 2, A., versprochenen Nachweis, daß das Erbrecht schlechterdings ein durch die individuelle Willensaktion des Erben vermitteltes und hervorgebrachtes Recht, und deshalb also auch ein erworbenes Recht ist. Ohne diesen Nachweis würde es entweder haben scheinen müssen, daß das Erbrecht kein erworbenes Recht, oder daß unsere Theorie der erworbenen Rechte, welcher das Erbrecht seiner sinnlichen Erscheinung nach zu widersprechen scheint, falsch ist. Dieser Nachweis, daß das Erbrecht weder dem testamentarischen Erben durch eine andere dritte Person gegeben, noch dem Intestaterben durch das bloße Faktum des Todes eines Dritten oder durch das Gesetz verliehen wird — denn Testaments- wie Intestaterbe haben beide zu ihrem gemeinschaftlichen Wesen den Begriff, sich durch die Adition als identische Willenssubjektivität mit dem Erblasser zu setzen — dieser Nachweis, sagen wir, konnte in

seiner inneren Tiefe nur durch eine mindestens das Wesentlichere des gesamten erbrechtlichen Stoffes in Dogmatik wie Geschichte umfassende Darstellung erbracht werden.

Dafür hoffen wir ihn aber jetzt zu einer unumstößlichen Gewißheit erhoben zu haben. Wir haben mit einer Übereinstimmung bis in die einzelnsten Details hinein, welche jeden Zweifel ausschließt, gesehen, daß das Erbtum nichts anderes als die die Willenssubjektivität des Erblassers perpetuierende Willensidentität des Erben mit ihm ist, alles Erbrecht also durch und durch auf der inneren *Willensaktion* des Erben beruht und durch sie, als die Erzeugerin jener Identität der Willenssubjektivität, erst hervorgebracht wird. Wir haben daher gesehen (Nr. V), daß es erst der Wille des Erben ist, der dem testamentarischen Willen Dasein, Gültigkeit und Halt verleiht, so daß das Testament ebenso gut als Wille des Erben wie des Erblassers angesprochen werden kann. Und dies ist so wenig eine verzerrende hyperidealistische Paradoxie, daß es in der Tat so angesprochen wird, in dem Quasikontrakt nämlich, welchen die Legate für den Erben bilden sollen.

Wir haben gesehen, daß es ferner die fürsichseiende Tätigkeit des Erben selbst erst ist, welche die Delation des Erbrechtes hervorbringt. Wenn der Erbe keine wirksame Adition vornehmen kann, ohne daß er weiß, so heißt das nichts anderes als: Ein Recht auf Annahme der Erbschaft, ein Erbrecht (jus adeundi) existiert nicht[1]), wenn nicht der Erbe zuvor durch seine

---

[1]) Daß die Erbschaft nicht vor der Adition ein erworbenes Recht des Erben sein konnte, war freilich ganz sinnlich offenbar. Aber das jus adeundi, das Erbrecht, welches existierte vor Annahme der Erbschaft und existiert hatte, auch wenn diese später ausgeschlagen wurde, schien ein solches er-

eigene Willensaktion den Willen des Erblassers seinem subjektiven Fürsichsein angeeignet hat. Und da die Substanz des Erbtums die Willensidentität der beiden Personen ist, so kann es auch nicht wunder nehmen, wenn überhaupt jeder der beiden Faktoren mit dem anderen vertauscht werden könnte, da das Verhältnis eben dies ist, diese beiden verschiedenen Willen als einen identischen und einigen Willen erscheinen zu lassen. Kann einerseits alles auf den Willen des Erblassers zurückgeführt werden, da von ihm alles ausgeht, so kann ebenso gut alles dem Willen des Erben imputiert werden, da durch diesen Willen erst

---

worbenes Recht sein zu können, und dies war es, was Savigny irregeführt hat (siehe oben I, 673 fg.). Aber es hat sich jetzt gezeigt, daß das jus adeundi vor der Adition ebensowenig ein erworbenes Recht ist, wie z. B. beim ursprünglichen testamentum per aes et libram das Recht eines Bürgers, mit einem Erblasser als familiae emptor ein Manzipationstestament vorzunehmen und dadurch Erbe zu werden, ein erworbenes Recht vor der Testamentshandlung war. Sein legales Recht, mit jedem zu gehen, der ihn zum familiae emptor rufen würde, war es freilich, ein bloß legales Recht, welches bis zu seiner Ausübung, ebenso gut wie durch einen geänderten Willen des berufenden Erblassers auch durch ein neues Gesetz über die für den familiae emptor erforderlichen Fähigkeiten stets entzogen werden konnte. Wenn bei dem Erben in den späteren Testamentsformen, indem jetzt die Adition erst nach dem Tode des Erblassers, statthat, die Möglichkeit einer Willensänderung von seiten des letzteren fortgefallen ist, so ist dagegen jene andere Ursache der Änderung, die durch ein neues Gesetz erforderte Fähigkeit für diese Handlung, wirksam geblieben. Das jus adeundi ist, wie an diesem Beispiel nur besonders deutlich gemacht werden soll, ein Recht, welches, bloß legal durch das Intestatgesetz oder den Willen eines Dritten in eine Person hineingesetzt, zu einem erworbenen Rechte erst durch seine Ausübung wird, durch welche es sich in Erbtum aufhebt.

jener andere rechtliches Dasein und fortexistierende Wirksamkeit erhält. Das testamentum per aes et libram in seinem ursprünglichen Ritus (wo der familiae emptor der heres ist) — dieses adäquate Gesetztsein aller Momente der Testamentsidee in der äußeren Form — enthält in der formellen Handlung und Formel selbst schon äußerlich die notwendige Kooperation und gleiche Wirksamkeit der beiden Willen zum Zustandekommen des Testamentes. Wir haben gesehen, wie das Transmissionsrecht des Erben, der noch nicht angetreten, sich auf dieselbe innere Willensaktion zurückführt. Wir haben gesehen, wie selbst der suus und necessarius nur durch innere Willensaktion erbt, und der Akt der Adition bei ihm nur deshalb fortfällt, weil seine Willensidentität mit dem Subjekte seines Willens bereits gegeben ist (S. 313fg.). Wir haben, mit einem Wort, den gesamten Reichtum des erbrechtlichen Stoffes von diesem einen spekulativen Begriff als seiner tätigen Seele sich hervorbringen und zu einem lebendigen Organismus gestalten sehen.

Das Erbrecht ist also in unwiderleglicher Weise als ein durch die eigene individuelle Willensaktion des Erben erzeugtes und nur darum auch als ein erworbenes Recht nachgewiesen.

Es ist jetzt klar, warum ein Gesetz, welches nach einmal eingetretenem Erbtum (also beim extraneus nach der Adition, beim suus nach eingetretener Delation) das Erbrecht abändern wollte, durch individuelle Willensaktion vermittelte Rechte aufheben, somit Willenshandlungen denaturieren, rückwirken würde.

Der letzte Pfeiler unserer Theorie der erworbenen Rechte wäre also aufgeführt.

Aber wenn wir sagen, dieser Nachweis ist erbracht, so meinen wir nur, daß er in bezug auf das römische Erb-

recht erbracht sei. Gerade nachdem dasselbe in seinem wirklichen und wahrhaftigen, spezifischen Geiste in aller Schärfe desselben bloßgelegt worden ist, muß um so mehr und von selbst die täuschende Analogie zwischen ihm und dem germanischen Erbrecht verschwinden. Es wird von selbst klar sein, daß nichts von dem hier über das römische Erbrecht Entwickelten, daß auch nicht ein Wort davon auf das germanische Erbrecht passen würde [1]).

Es entsteht also die Frage: Inwiefern stellt sich aber auch nach germanischem Rechte, wenn solches mit dem obigen in der historischen Substanz des römischen Volksgeistes wurzelnden Begriffe nichts zu schaffen hat, das Erbrecht als ein erworbenes Recht dar?

Diese Frage ist aber gar keine andere und fällt in ihrer Beantwortung ganz zusammen mit der schon (Bd. I, S. 725) aufgeworfenen Frage: Warum erwirbt nach allem germanischen Recht der Erbe ipso jure durch den Tod des Erblassers, während in Rom erst durch die Adition?

Und zu der Beantwortung dieser Frage haben wir jetzt überzugehen.

---

[1]) Es zeigt sich hier wieder, daß es genau genommen gar kein „Erbrecht im allgemeinen", sondern nur römisches Erbrecht, germanisches Erbrecht usw. gibt. Alle Disziplinen des historischen Geistes haben nur in ihrer historischen Erscheinung ihren konkreten und inhaltvollen spekulativen Begriff. Der formelle Begriff, den die gleichartigen Gestalten verschiedener historischer Weltepochen, also z. B. römisches und germanisches Erbrecht, als Erbrecht überhaupt miteinander gemein haben, ist nur ein ganz abstrakter und inhaltsloser, der durch die Differenz und den Gegensatz des Volksgeistes in den verschiedenen Perioden oft zu absolutem Gegensatz umschlägt. Das Folgende wird dies deutlich genug herausstellen.

II.

DAS WESEN DES GERMANISCHEN ERBRECHTS

Mußten wir uns bei dem römischen Erbrecht einer selb-
sächlichen des Stoffes und seiner Geschichte erst hervor-
die verkannte geistige Bedeutung desselben aus dem Tatsächlichen des Stoffes und seiner Geschichte erst hervortreten zu lassen, so werden wir uns bei dem germanischen Erbrecht um so kürzer fassen können. Denn teils sind hier die Faktoren selbst, mit denen wir unseren Beweis zu führen haben, infolge ihrer mit der Substanz des modernen Geistes verwandten Anschauung bereits richtiger in ihrer geistigen Bedeutung erkannt, so daß wir unsererseits diese Prämissen nur zu ihren bisher übersehenen Folgerungen zu treiben haben, teils und sofern dies auch nicht der Fall ist, wird sich jetzt gerade aus dem *scharfen Gegensatze* des *römischen* Erbrechtbegriffes von selbst ein helles und unzweifelhaftes Licht über das differente Wesen des germanischen Erbrechtes ergießen. Hier wie überall wird der Geist in seiner *Bestimmtheit* nur aus seinen *Gegensätzen* klar. Es muß daher ausdrücklich hervorgehoben werden, daß das Nachfolgende *Beweiskraft* wie *Verständnis* nur für denjenigen haben wird und kann, welcher unsere Entwickelung des römischen Erbrechtes mit Aufmerksamkeit mit uns durchgemacht hat.

Die uralte Rechtsmaxime: „*Le mort saisit le vif,*“ „der *Tote erbet den Lebenden,*“ wie sie deutsch, oder „mortuus aperit oculos viventis,“ wie sie lateinisch ausgedrückt zu werden pflegt, eine Rechtsmaxime, die wir bei allen germanischen Stämmen wiederfinden, ist es, welche in jener den Rechtssprichwörtern eigenen energischen Form

die Anschauung in sich enthält, daß die Erbschaft sofort und unmittelbar mit dem Tod des Erblassers ipso jure auf den Erben übergehe [1]). Wir finden diese Anschauung als seit den ältesten Zeiten dem deutschen Volksrechte zugrunde liegend [2]), und wo immer germanische Stämme sich niederließen, in Holland und England, in Frankreich, Spanien und Italien [3]), haben sie diese Anschauung mitgenommen und ungeachtet aller dieser Vermischung mit fremden und romanischen Elementen zum Rechte gestaltet. Ja, diese Anschauung lebt mit solcher Kraft in der ursprünglichsten Anlage des germanischen Geistes, daß sie, wenn sie natürlich dem römischen Rechte in den Ländern weichen mußte, wo dieses zum gemeinen Rechte rezipiert wurde, hierdurch nicht beseitigt, sondern nur in das Innere des Volksgeistes zurückgetrieben, mit ungeschwächter Kraft aus demselben wieder in den modernen Gesetzgebungen dieser Völker

---

[1]) Siehe Tiraquell, De regula: le mort saisit le vif; Opp., II, 1 sqq. In einer Urkunde von 1332 (s. Miraei Cod. diplom. Belg., lib. II, c. 82) wird sie schon als altes notorisches vaterländisches Gewohnheitsrecht bezogen („se esse saisitum per consuetudinem patriae notariam, quod mortuus saisit vivum", heißt es daselbst); vgl. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Rechtes, 5. Ausg., § 466, Note 9—14. In Frankreich findet sich die Formel schon unter Ludwig IX.; s. Etabliss., lib. II, c. 4, und Troplong sur les Coûtumes d'Amiens in der Revue de législation, XXV, 147.

[2]) Siehe z. B. die Leg. Alemannic., Tit. 92: „Si quis mulier peperit puerum et in ipsa hora mortua fuerit et infans vivus remanserit aliquanto spacio, vel unius horae, et postea defunctus fuerit, hereditas materna ad patrem ejus pertineat."

[3]) Heineccius, Elem. jur. Germ., lib. II, Tit. 10, § 296; Eisenhart, Grundsätze der teutschen Rechte in Sprichwörtern, 3. Ausg., S. 329, Note 2; Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht, § 353.

hervorbricht, wie viele Bestandteile des römischen Rechtes auch sonst in dieselben aufgenommen sein möchten.

So bildet sie in Frankreich, wo sich die Formel: Le mort saisit le vif, in den pays coutumiers das ganze Mittelalter hindurch erhalten hat, die erbrechtliche Grundlage des Code Napoléon. Sie beherrscht das preußische Allgemeine Landrecht[1]), und findet sich nicht weniger im österreichischen Gesetzbuch[2]).

Allein es ist ersichtlich, daß wir durch die Bezugnahme auf diese Formel noch keinen Schritt vorwärts in der Erklärung jener Anschauung getan haben. Weit entfernt, aus dem Rechtssprichworte erklärt werden zu können, ist dieses selbst vielmehr nur der gedrungene und körnige Ausdruck jener Anschauung, und kann erst aus ihr seine Erklärung empfangen.

Es muß sogar vorläufig scheinen, als ob jene Formel: Le mort saisit le vif, auf das energischste unsere Behauptung verneinte, daß auch nach germanischem Rechte das Erbrecht auf der eigenen individuellen Willensaktion des Erben beruht. Denn durch diese Formel wird ja eben dies auf das stärkste ausgedrückt, daß durch das bloße Faktum des erblasserischen Todes und ohne irgendein weiteres hinzukommendes Moment die Erbschaft das angefallene Eigentum des Erben sei, und eben dies wird auch in den angeführten Gesetzgebungen auf das ausdrücklichste bestimmt. Inzwischen, die Frage nach der begrifflichen Erklärung jener Anschauung und die Frage nach dem Nachweis, wie sie dennoch auch nach germanischem Recht das Erbrecht durch die individuelle Willensaktion des Erben vermittelt sei, sind innerlich, wie wir bereits be-

---

[1]) T. I, Tit. 9, § 367—370.
[2]) T. II, Tit. 8, bes. § 537.

merkt haben, eine Frage, und es wird sich zeigen, daß wir mit der Beantwortung der ersten auch vollständig die Basis zu der Beantwortung der zweiten gelegt haben.

Als die Germanen in der Geschichte auftreten, kennen sie, wie bereits Tacitus bekundet, nur Intestaterbrecht[1]). Aber schon dieser Name allein droht durch die scheinbare Gleichartigkeit mit dem, was in Rom unter Intestaterbrecht verstanden wird, gründlich irre zu führen, wenn nicht der ganze Unterschied beider klargelegt wird, ein Unterschied, der groß genug ist, um ihnen nichts gemeinsam zu lassen als die Benennung. Denn nicht von dem Unterschiede in den Rechtsvorschriften ist hier die Rede, der, so ungeheuer er ist, immerhin auch noch Gemeinsames übrig ließe; sondern von dem Unterschiede in der Idee beider Institute, die sie bei beiden Völkern zu etwas von Grund aus anderem macht. Schon der flüchtigsten Betrachtung wird einleuchten müssen, daß Intestaterbrecht, welches nur subsidiär zur Geltung kommt, wenn der individuelle Wille des Erblassers nicht gesprochen hat, wie dies in Rom der Fall, und Intestaterbrecht als einziges und exklusives, den abweichenden Willen des Erblassers ausschließendes Recht zwei grundverschiedene Dinge, von grundverschiedenen Ideen getragen sein müssen und eigentlich, scharf ausgedrückt, nichts miteinander gemeinsam haben, als jenen, in dem Tode eines Erblassers bestehenden Anlaß, die Verschiedenheit ihrer Volksgeister aufzuzeigen.

Der Begriff des römischen Intestaterbrechtes, auf dessen genau nachgewiesenen Geist wir uns hier zurückbeziehen müssen, war der allgemeine Wille des Volkes, vorausge-

---

[1]) Tacitus, German., c. 20: „Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, nullum testamentum."

setzt, aufgefaßt und geltend als der Wille dieses bestimmten, sich nicht besondernden Individuums.

Es springt in die Augen, wie dieser Intestatbegriff schlechterdings nichts mit demjenigen des germanischen Erbrechtes gemeinsam haben kann: denn wenn jener Begriff ein Intestaterbrecht durchdringen muß, welches nur subsidiarisch Platz greift, wenn der Erblasser von seiner absoluten Freiheit zu testieren keinen Gebrauch gemacht hat, — wie kann hiermit ein Intestaterbrecht irgendetwas gemein haben, welches wie das der germanischen Völker in seiner ursprünglichen und nationalen Gestalt ausschließliches, testamentarische Verfügung gar nicht kennendes Erbrecht ist; welches ferner diesen herrschenden und prinzipalen Charakter des Erbrechtes, Intestatrecht zu sein, auch bis in seine spätesten und modernsten Fortbildungen als Noterbenrecht und Pflichtteil, neben welchen der testamentarischen Freiheit immer nur ein bescheidener und nur quantitativer Teil (disponible Quantität) eingeräumt ist, unverrückbar beibehält; und welches endlich, mindestens in seiner mittleren Periode, dies substantielle und selbständige Recht der Intestaterben so konsequent festhält, daß das Recht derselben nicht erst mit dem Tode des Erblassers beginnt, sondern schon bei seinen Lebzeiten wirksam vorhanden ist und ihm die Freiheit der Veräußerung des „Erbeigen" nimmt.

Schon die soeben angeführten Momente lassen hinreichend deutlich hervortreten, daß das germanische Intestaterbrecht nun wirklich das ist, was von dem römischen mit Unrecht behauptet wird[1]): wahres Familienrecht.

---

[1]) Und gerade infolge dieser germanischen Anschauung von ihm behauptet wird, die, wie im ganzen heutigen Bewußtsein, so auch in dem unserer modernen römischen Juristen unmerklich fortlebt.

Es handelt sich nur darum, letzteren Begriff näher und schärfer darzulegen.

Der Begriff der Familie ist die sittliche Identität der Personen, die zu ihrer substantiellen Grundlage nicht mehr das bloße Setzen des subjektiven Willens, die Willensaneignung, sondern die sich empfindende Einheit des Geistes oder die Liebe[1]) hat[2]). Da die Empfindung das Unmittelbare oder Seiende im Geiste ist, so ist die Einheit hier als seiende vorhanden, oder sie ist Identität des Blutes. Hier tritt also die Zeugung in ihrem spezifischen Charakter hervor. Wenn aber diese sittliche Personeneinheit der Begriff der Familie ist, so ergeben sich mit Notwendigkeit daraus folgende begriffliche Konsequenzen: Das Vermögen wird seiner Substanz nach ein an sich gemeinsames Familieneigentum sein. Das Recht des Intestaterben auf das Vermögen wird daher nicht erst beim Tode des Erblassers entstehen und nicht durch dessen Willen verliehen sein. Wie es sich vielmehr auf das seiende Verhältnis als Familienglied gründet, so wird dies an sich seiende Recht daher schon mit seinem Eintreten in die Familie, mit seinem Erzeugtsein von ihm erworben sein, und nur mit dem Todesfall in Wirklichkeit treten. Endlich wird demnach dies schon bei Lebzeiten des Erblassers an sich vorhandene eigene Recht des Erben sich deshalb auch schon bei Lebzeiten des Erblassers als daseiend zeigen

---

[1]) Siehe Hegel, Rechtsphilosophie, § 158 fg.

[2]) Man könnte also in der Tat, wenn es um kurze Antithesen zu tun ist, und wenn man den konkreten Inhalt der darin eingeschlossenen begrifflichen Entwickelung in seiner bestimmten Begrenzung dabei vor Augen hat, etwa sagen, der römische Volksgeist verhält sich zum germanischen wie Wille zu Liebe.

und durch die Beschränkung seines individuellen Eigentumsrechtes jene an sich seiende Gemeinsamkeit der Vermögenssubstanz dartun müssen.

Und schließlich ist durch alles dieses schon gegeben, daß das Erbrecht, während es in Rom in seiner Substanz ein Recht auf die Willensfortsetzung des Individuums war, und der Erbe sich nur infolge dessen durch das Eintreten in diese Willenssubjektivität alles von ihr Dependierenden akzidentell bemächtigte, bei den germanischen Völkern, als das eigene und selbständige Recht des Familiengliedes, nicht mehr ein Recht auf Willenskontinuität, sondern hier in der Tat auch seiner Substanz nach nichts anderes als ein Vermögensrecht ist, ein Recht auf seinen bei dem Eintritt in die Familie erworbenen Anteil an dem an sich gemeinsamen Familienvermögen.

Diese Züge des Begriffes sind in so offen zutage liegender Weise diejenigen des germanischen Erbrechtes, daß ein detailliertes Eingehen hier durchaus nicht erforderlich ist und wenige Erinnerungen hinreichen, um diese Übereinstimmung völlig darzutun.

Wenn der erste Grundsatz des römischen Erbrechtes ist, daß der Erbe mit seinem eigenen Vermögen für alle Schulden des Erblassers haftet, so ist der erste Grundsatz des germanischen Rechtes, weil dieses in dem Erbtum keine Willenskontinuität, sondern nur einen Vermögenserwerb erblickt, daß die aus diesem Erwerbe entspringenden Verpflichtungen den Erwerb selbst nie übersteigen, der Erbe also nicht ultra vires hereditatis verhaftet sein kann[1]: „Hie behalte dies sonderlich, daß der erbe seines sonder-

[1]) Glosse zum Sachsenspiegel, I, 6.

lichen, vor sich gewonnen, eigenen guts nichts für des verstorbenen schuld geben noch zahlen darf"[1]).

Lange nachdem die testamentarischen Dispositionen gemeinüblich geworden sind, darf doch nur derjenige, der keine gesetzlichen Erben hat, beliebig testieren. Derjenige aber, welcher gesetzliche Erben hat, darf nicht nur bloß insoweit testieren, als dies die Rechte der nächsten Erben gestatten, sondern selbst innerhalb dieser Grenzen häufig

---

[1]) Und es ist dies in der germanischen Erbanschauung so notwendig, daß trotz aller Aufnahme von römischen Rechtsideen das Allgemeine Landrecht das Prinzip aufstellt, wer durch pro herede gestio eine Erbschaft antritt, solle vermutet werden, dieselbe nur unter dem Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventars anzutreten (T. I, Tit. 9, § 420). Zur Beseitigung dieser Rechtswohltat ist eine „deutliche und bestimmte Entsagung" auf dieselbe — also ein besonderer Wille — erforderlich (das., § 414). Man sieht, wie sich hier die Vermutung in das direkte Gegenteil ihrer Stellung im römischen Recht umkehrt, und man sieht jetzt auch, warum sie sich umkehrt. Was dort Ausnahme ist, wird hier Regel, was dort Regel, hier Ausnahme, und zwar aus keinem anderen Grunde, als weil den germanischen Völkern das Erbrecht von vornherein und prinzipiell nichts anderes als Vermögensrecht ist, während es im römischen Recht, und zwar auch erst in seiner letzten, justinianeischen Gestalt, nur durch besonderen Vorbehalt zu einem bloßen Vermögenserwerb gemacht werden konnte. Wenn deutsche Juristen noch so sehr römisches Recht machen wollen, so werden sie Rechtssätze aus demselben aufnehmen, aber, unter einer ganz geänderten Weltanschauung stehend, diese unbewußt in das begriffliche Gegenteil ihrer Bedeutung im römischen Rechte verwandeln. — In Sachsen ist der Erbe gleichfalls nicht über die vires hereditatis gehalten; siehe Haubold, Lehrb. d. sächs. Rechtes, § 348.

nur dann, wenn er zugunsten eines Verwandten oder Ehegatten verfügt[1]).

Das unbedingte Recht des nächsten Erben ist das Eigen, Erbeigen (die Propres, Propres de héritage, wie diese Güter in den französischen Coûtumes, wo sie ganz dieselbe rechtliche Stellung einnehmen, heißen), über welches dem Erblasser die Befugnis testamentarischer Disposition nicht zusteht. „Ane erwen gelof mus nieman sin egen gewen"[2]). Es ist für unseren Zweck überflüssig, uns auf den Streit einzulassen, ob der Erblasser bloß über die Fahrnis oder über die Fahrnis und die Errungenschaft (conquêts) verfügen kann[3]). Der Gedanke ist in beiden Fällen derselbe. Denn es wird einleuchtend sein, daß das Verhältnis der Fahrnis und des Grundeigentums zueinander vom germanischen Rechte nicht anders aufgefaßt wird als das Verhältnis der Substanz des Vermögens, des fundus, zu ihren Früchten. Es bedarf nur des flüchtigsten Blickes auf die ökonomischen Verhältnisse jener Zeiten, in welchen diese Unterscheidung von Fahrnis und Erbgut entstanden ist, auf die überwiegende Wichtigkeit des Grundeigentums dazumal, sowohl im Verhältnis zu der Masse des mobilen Vermögens als in Hinsicht auf den Erwerb desselben, der damals fast ausschließlich aus dem Grundbesitz hervorging, um dies in seiner ganzen Notwendigkeit als einen Ausdruck der tatsächlichen ökonomischen Verhältnisse jener Zeiten zu begreifen. Die Fahrnis wird also nur als die Nutzung

---

[1]) Schwabenspiegel, Kap. 283, §§ 2, 3; Kap. 285, 290 bis 294, Senkenberg. Ausg.; Sydow, Darstellung des Erbrechtes nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels, S. 304 fg.

[2]) Sachsenspiegel, I, 52.

[3]) Mittermaier, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechtes, 5. Ausg., § 467, und dagegen Eichhorn, Einleitung, § 332.

des Eigentums und als aus dieser entstanden aufgefaßt, und unterliegt daher, wie die Nutzungen selbst, während seines Lebens der Dispositionsbefugnis des Erblassers.

Nur der Grundbesitz erscheint als die Substanz des Vermögens und ist daher, wie sich dies schon oben bei der begrifflichen Entwickelung ergab, als Substanz der an sich gemeinsame Vermögensstock der Familie, welcher deshalb der freien Dispositionsbefugnis entzogen ist. Es kann daher für das Interesse des Begriffes gleichgültig sein, ob das von einem Individuum nicht geerbte, sondern individuell erworbene Gut, die Errungenschaft (acquêt), der Fahrnis gleichgestellt wird, weil es wie diese als aus den Nutzungen des Erbgutes hervorgegangen angesehen wird, oder ob es wie das Erbgut, also als Vermögenssubstanz, behandelt wird, weil es selbst wieder die Form von Grundeigentum angenommen hat [1]).

Aber nicht nur testamentarisch kann der Erblasser nicht über das Erbeigen disponieren, sondern auch unter Lebenden kann er wegen jenes an sich vorhandenen Rechtes der Erben nicht mit Gültigkeit darüber verfügen. Der nächste Erbe kann die ohne seine Einwilligung vorgenom-

---

[1]) Es erhellt übrigens, daß die erstere Meinung (Gleichstellung von Fahrnis und Errungenschaft) die bei weitem größere begriffliche Konsequenz für sich hat, wie sie auch von fast allen französischen coûtumes bei den propres festgehalten wird (und noch heute der französischen ehelichen Gütergemeinschaft zugrunde liegt). Wenn der Sachsenspiegel und der landrechtliche Richtsteig die zweite Meinung zu schützen scheinen, während die Glossen zum Sachsenspiegel selbst widersprechen („Hat och ein Mann Erbe und Eigen um sein wohlgewonnen habe gekouft, er mag daz Gut geben und uflassen, wem er will." „Das Eigen, daz an uns irstirbet von Erbegangk, daz heißt Erbeigen und daz mag man nicht lassen ohne

mene Veräußerung des Erbeigen durch den Eigentümer binnen Jahr und Tag widerrufen, und wenn wir oben sahen, daß der Erbe nicht mit seinem persönlichen Vermögen für die Schulden des Erblassers verbunden ist, so ist jetzt nun weiter hinzuzufügen, daß er auch nicht einmal mit dem Erbeigen, sondern nur mit der ererbten Fahrnis (und resp. der ererbten Errungenschaft) für dieselben haftet[1]: „Swe so dat erwe nimmt, die sal dur recht die scult geben also vorn, als it erwe geweret an varender hawe." Und der Landrechtliche Richtsteig antwortet auf die Frage, wiefern die Witwe die Schuld zahlen solle[2]: „Also verrn dat erwe weret an varender hawen; mit den eygenen en darff men geen schold gelten, wan hut sonder sünre erwen orlowe niet laten en mach." Ja, nicht einmal unter seinen Söhnen selbst kann der Eigentümer eine beliebige Verteilung des Erbeigen vornehmen. Es kommt nicht nur darauf an, daß die Familiensubstanz überhaupt berücksichtigt sei, sondern jedes einzelne dieser Glieder hat bei seinem Eintritt in die Familie für sich das individuelle Recht erworben auf gleichen Anteil an dem

---

Erben Laube"), und schon die alten Volksrechte diesen Unterschied kennen, so ist teils zu bemerken, daß man, wenn in Gesetzesstellen, die über Erbrecht handeln, bloß Fahrnis und Eigen einander entgegengesetzt werden, hieraus nach der obigen Erörterung nun nicht mehr den Schluß machen kann, die Errungenschaft sei dadurch, weil sie doch nicht Fahrnis sei, dem Eigen gleichgestellt; teils hat man bereits die Ansicht aufgestellt, daß der Sachsenspiegler eine partikular-rechtliche Anschauung, nicht diejenige des gemeinen deutschen Rechtes, darin wiedergibt.

[1]) Sachsenspiegel, I, 6.

[2]) Kap. 10, Senkenberg. Ausg.

an sich gemeinsamen Familienvermögen, wie dies bereits in den alten Volksrechten hervortritt [1]).

In dieser Dispositionsbeschränkung des Eigentümers, selbst unter Lebenden, in dieser Nichtverhaftung des Erbgutes für die Schulden des Erblassers zeigt sich auf das unbestreitbarste, wie das Eigentum gemeinsames Eigentum der Familie ist und somit das schon durch die Geburt eines jeden Familiengliedes erworbene ansichseiende Eigentumsrecht des Erben auf dasselbe, ein Charakterzug, der überall in den germanischen Rechten zutage tritt. Wenn es im Sachsenspiegel heißt [2]): „Swat man enem manne oder wiwe gift, dat sollen sie besitten dre dage. Swat sie mit klage irvorderet oder uppe sie geerwet wert, das en dorfen sie nicht besitten," so erhellt jetzt von selbst, warum gerade bei diesen beiden Arten von Eigentumserwerb der Besitz nicht gefordert wird. Beide Arten des Erwerbes, Rechtsstreit wie Erbschaft, stimmen nämlich darin überein, daß das Recht selbst nicht erst jetzt erworben, sondern als an sich schon früher vorhanden und als jetzt nur durch die Klage resp. Erbschaft zur Anerkennung und Verwirklichung gebracht angesehen wird [3]).

---

[1]) Siehe z. B. Lex Burgundionum, Tit. I, c. 1: „Ut patri, etiam antequam (cum filiis) dividat, de communi facultate et *de labore suo* (individuelle Errungenschaft, in ihrem Begriffe also mit der Nutzung ganz zusammenfallend und darum *labor*) cuilibet dare liceat, *absque terra sortis titulo* (Erbeigen) *acquisita.*"

[2]) III, 83.

[3]) Vgl. § 10 der Theorie, Bd. I, wo wir gesehen haben, daß, wenn ein Erwerb von der gegenwärtigen Rechtsidee selbst nur als die Realisierung eines schon früher als an sich vorhanden gedachten Rechtes aufgefaßt wird, diese Verwirklichung, doch ohne Berührung der rechtlichen Folgen in-

Die innere Notwendigkeit der Maxime: Le mort saisit le vif, muß sich jetzt aus den vorstehenden Erörterungen mit vollster Evidenz ergeben haben. Das Eigentum an der Erbschaft *muß* ipso jure durch den Tod des Erblassers auf den Erben übergehen, weil dasselbe schon vorher an sich gemeinsames Familieneigentum war[1]), oder weil das Eigentumsrecht des Erben weder durch den *Willen* des Erblassers, noch erst *zur Zeit seines Todes erworben wird*, sondern schon durch *die Geburt* des Erben ein *an sich erworbenes* war und nur jetzt aus diesem *ansich seienden*, latenten Zustand aktuell oder *für sich* wird. Das vinculum juris läuft daher, wie z. B. bei einer bedingten Obligation, auf die Zeit der Geburt des Erben zurück, und es kann daher, wenn die vorausbestimmte Bedingung eintritt, von keiner *Erwerbshandlung* noch von einem *neuen Willen* zu erwerben die Rede sein, weil überhaupt kein *neuer Erwerb* vorliegt.

Es ist nur das *an sich Seinige*, worüber der Erbe

nerhalb der Zeit des bloßen Ansichseins, *auf die Zeit des ansichseienden Rechtes zurücklaufen* muß. Wir sehen dies hier also auch durch das germanische Recht bestätigt.

[1]) Vgl. Fischer, Das erbschaftliche Versendungsrecht ohne Besitzergreifung (Regensburg 1786), S. 73 fg. Es darf aber nicht übersehen werden, wie daselbst geschieht, daß das Eigentum nur *an sich* gemeinsames Eigentum der Familie, nicht aktuelles Gesamtfamilieneigentum ist, und daher von vornherein die Bestimmung hat, bei der *Auflösung* der Familie (Tod) sich in die bei dem Eintritt eines jeden ihrer Glieder *ideell erworbenen Anteile auflösen zu können.*

Deshalb bildet aber auch das Recht und der usus der Teilung unter den Erben keinen Einwurf gegen den *hier* festgestellten Charakter des germanischen Eigentums als Gesamteigentum der Familie.

jetzt freie Dispositionsbefugnis erlangt, indem die Gebundenheit desselben in Gemäßheit der beim Eintritt des Erben in die Familie vorausbestimmten Weise fortfällt.

Wenn hiernach der mit dem Todesfall des Erblassers eo ipso eintretende Übergang des Eigentums bei der Grundidee des germanischen Erbrechtes eine der Rechtsidee selbst entfließende Konsequenz ist, wenn also die Maxime: Le mort saisit le vif, darin ihre begriffliche Erklärung und gebieterische Notwendigkeit hat, daß die Erbschaft kein neues, jetzt erst entstehendes Recht des Erben, sondern nur das Aktuellwerden seines schon früher erworbenen, ansichseienden Eigentumsrechtes darstellt, so ist aber auch nicht weniger klar, daß dieser Eigentumserwerb des Erben nichtsdestoweniger durch eine individuelle Willensaktion desselben vermittelt, und also wahrhaft erworbenes Recht ist. Nur daß diese individuelle Willensaktion des Erben nicht zur Zeit der Erbschaft zu suchen ist, sondern auf die seiner Geburt zurückläuft. Zwar stellt sich die Geburt sinnlich als ein unpersönliches Faktum seitens des Geborenen dar. Aber es tritt hier wieder ein, was wir bereits Bd. I, § 2, A., von der Personenrepräsentation überhaupt gesehen haben, infolge derselben die durch die Geburt, da sie zwar seitens des Erzeugten sich als eine Tatsache, seitens des Erzeugers aber als Willensaktion darstellt, entstandenen Rechte als durch die eigene individuelle Willensaktion des Geborenen erworben angesehen werden müssen. Wenn dies schon von der nur formellen römischen Personenrepräsentation gilt, so gilt es nur um so stärker von der sittlichen Identität der Personen, welche in der Idee der germanischen Familie hervortritt. Es ist infolge der Gesinnung der Liebe, in welcher (s. oben S. 764) die sittliche Einheit der Personen besteht, die Absicht

und der Wille des Vaters, auf das Kind bei der Erzeugung alle die Rechte zu übertragen und für es zu erwerben, welche ihm durch Geburt entstehen, und dieser Wille des Erzeugers erscheint bei der in der sittlichen Einheit derselben gegebenen Identität des Geistes und der Gesittung deshalb hier nicht nur formell als die eigene Willensaktion des mit seinem Vater identischen und in ihm wollenden Kindes[1]), sondern auch inhaltlich

---

[1]) Die Auffassung des Erbrechtes, als in der sittlichen Personenidentität der Familie beruhend, die ihre äußere Realität in dem an sich gemeinsamen Vermögen hat, gehört, worauf schon früher verwiesen (S. 480, Note 2), Hegel an, und ist da in dem Vorangehenden nur näher expliziert worden. Nur daß Hegel in den Irrtum verfiel, für die Idee des Erbrechtes überhaupt zu nehmen, was eben nur die bestimmte historische Idee des germanischen Erbrechtes ist. Dem römischen Erbrecht ist dieser Begriff, wie wir gesehen haben, durchaus fremd und unzupassend, sowohl dem Intestatrecht wie dem testamentarischen. Es ist bis heran noch ein in allen Wissenschaften, in Rechts- wie Kunst- und Geistesphilosophie überhaupt sich fühlbar machender Mangel der Philosophie, daß für eine absolute und logische Kategorie genommen wird, was nur der Begriff einer bestimmten historischen Gestalt des Geistes, der Inhalt einer bestimmten National- und Zeitidee, also historische Geisteskategorie ist. (Wir werden z. B. noch im Verlauf sehen, inwiefern es gerade beim Erbrecht Leibniz ähnlich ergangen ist, wie Hegel.) Selbstredend wird hierdurch halbe Wahrheit produziert, indem nämlich einerseits der wahrhafte Begriff einer bestimmten historischen Geistesrealität, z. B. des germanischen Erbrechtes, wirklich getroffen wird, andererseits aber dieser bloß historische Geistesinhalt jetzt zum logischen Begriff jener Geistesform in allen Zeiten und bei allen Nationen gemacht werden soll, während er hier einen ganz anderen, oft schlechthin entgegengesetzten geistigen Inhalt hat. Diese halbe Wahrheit ist daher, weil zu einer

als die Willensaktion des für es, das Kind, wollenden Vaters.

———

bestimmten Zeit zutreffend und hierdurch bestechend, für die wirkliche begriffliche Erkenntnis solcher Institute häufig um so hinderlicher. Worauf diese Verwechselung der absolut-logischen und der historischen Kategorien des Geistes beruht, das Wahre, das auch diesem Irrtum zugrunde liegt, und wie letzterer allein zu vermeiden ist, — dies auseinanderzusetzen kann nicht mehr Gegenstand des gegenwärtigen Werkes sein. Es läßt sich dies vielmehr nur durch die Nachweisung des Verhältnisses erreichen, welches zwischen dem formellen Begriff des Geistes und seinem historischen Inhalt, seinem historischen Begriff, besteht, also nur durch eine systematische Entwickelung der Philosophie des Geistes, eine vielleicht künftig von uns zu erbringende Arbeit, auf die wir bereits früher hinzuweisen veranlaßt waren. Nur soviel ergibt sich aus dem Vorigen von selbst, daß erst aus dem konkreten Verständnis der Idee der bestimmten historischen Erbrechtssysteme, des orientalischen, römischen, germanischen, daß erst aus der scharfen Erfassung des schlechthinnigen Gegensatzes, in welchem die Begriffe derselben zueinander stehen, für welche das Erbrecht nur die gemeinsame Form und Hülse ist, die Verschiedenheit ihres Inhaltes dahinein auszuschütten, festgestellt werden kann, inwiefern von Erbrecht überhaupt gesprochen und was darunter verstanden werden kann.

Weil Hegel den Begriff des germanischen Erbrechtes für den des Erbrechtes überhaupt nimmt, kommt er auch nur dazu, das Intestaterbrecht zu konstruieren. Das Testamentsrecht dagegen macht ihm Verlegenheit, und muß ihm solche machen, weil Hegel eben nicht die Idee des römischen Erbrechtes erfaßt hat, mit welchem das Testamentsrecht seinem Begriffe nach identisch ist. Hegel erklärt daher (Rechtsphilosophie, § 179 fg.) das Testament für eine Nachbildung der Familie, durch Bildung eines Kreises von Freunden, Bekannten usw. Abgesehen davon, daß dies auf das römische Erbrecht durchaus nicht passen würde, enthält es aber

Allein wenn in dem Vorstehenden die geistige Notwendigkeit der Maxime: Le mort saisit le vif, für das ger-

---

auch einen nicht zu versöhnenden inneren Widerspruch gegen das, was Hegel als die Idee der Erbschaft überhaupt angegeben. Denn wenn das durch die sittliche Identität der natürlichen Familie bewirkte, an sich gemeinsame Eigentumsrecht derselben der Begriff des Erbrechtes sein soll, so fehlt ja eben die Befugnis zu jener Nachbildung in der Sphäre des Vermögens, und es kann also mindestens in bezug auf das Vermögen zu einer solchen Nachbildung gar nicht kommen. Um diesem zu begegnen, soll nach Hegel durch das mit dem Tod gegebene „Auseinanderfallen" (der Familie) diese „Freiheit für die Willkür der Familienglieder" entstehen. Allein hierdurch tritt der Widerspruch, weit entfernt, versöhnt zu werden, nur um so schärfer hervor. Denn in demselben ideellen Moment, in welchem durch dies Auseinanderfallen der Familie diese Freiheit für das Individuum eintreten würde, ist ja auch schon das an sich gemeinsame Vermögen in wirkliches Eigentumsrecht der einzelnen Familienglieder, in bestimmte Anteile derselben übergegangen (le mort saisit le vif), und wenn also vor dem Tode des Testators die Befugnis zu testieren wegen des Familienrechtes fehlte, so fehlt nach dem Auseinanderfallen der Familie, also nach dem Tode des Testators, ihm auch noch die Substanz, über die sein Wille verfügen könnte.

Es läßt sich also nicht verkennen, daß bei Hegel, so sehr man dies allgemein übersehen hat, gar kein irgend stichhaltiger Begriff des testamentarischen Rechtes zu finden ist. Und es konnte dies auch gar nicht anders sein, da sein Begriff des Erbrechtes überhaupt abgezogen ist von dem Geiste eines Volkes, dessen Erbrecht wesentlich Intestatrecht ist, und dem daher der Begriff des testamentarischen innerlich stets ebenso fremd bleibt, wie das Testament selbst seinem ursprünglichen nationalen Geiste unbekannt war.

Dies ist denn auch der Grund, weshalb Hegel (das., § 180) mit solcher Ungunst das Testament überhaupt betrachtet. Er erklärt ausdrücklich, die bloße Willkür des Verstorbenen könne nicht zum Prinzip für das Recht zu testieren gemacht

manische Erbrecht sich ergeben hat, so paßt doch alles bisher Gesagte offenbar lediglich und ausschließlich nur auf das Intestaterbrecht, wegen des diesem zugrunde liegenden, an sich gemeinsamen Eigentums der Familie, und es entsteht daher nun die Frage: Wie erklärt sich, daß dieselbe Maxime auch das Testamentsrecht dieser Völker bis auf die heutige Zeit beherrscht?

Aber diese Frage kann bereits für keinen, der unserer Entwickelung des römischen und germanischen Erbrechtes mit Aufmerksamkeit gefolgt ist, eine Frage mehr sein.

---

werden, und das von derselben beherrschte römische Erbrecht erscheint ihm daher nur als Unsittlichkeit, wird ausdrücklich so von ihm qualifiziert und mit dem Rechte des Vaters, die Kinder zu verkaufen, verglichen. Man kann für heute dem Testament ebenso abgeneigt sein, als Hegel, und es wird sich vielleicht bald zeigen, daß sich aus unseren objektiven Darstellungen zwar andere, aber noch radikalere Folgerungen über das moderne Testamentsrecht von selbst ergeben. Aber dies auch auf die Entstehung des Testamentes in der historischen Entwickelung des Geistes anwenden, und somit auch in dem römischen Recht nur Willkür und Unsittlichkeit sehen wollen, heißt demselben hohes Unrecht tun und gegen die systematische Anforderung der Hegelschen Philosophie selbst verstoßen, wonach die historischen Instanzen als die stufenweisen Entwickelungen des vernünftigen und sittlichen Geistes zu begreifen sind. Hegel war zu diesem Verstoß gegen seine eigene Philosophie gezwungen, weil natürlich auch er, hereditas und bonorum possessio für begrifflich identisch haltend, das römische Testament als eine Vermögensverfügung auffaßt, und dann allerdings nur Willkür in ihm gesehen werden kann. Bei der wahrhaften Erkenntnis des römischen Erb- und Testamentsbegriffes erweist sich derselbe dagegen, wie wir gesehen haben, als ein hoher Fortschritt in der kulturhistorischen Entwickelung der Idee des Geistes, dessen römische subjektive Willenstranszendenz ebenso sehr durchgemacht werden mußte und ein Moment der Wahrheit und

Die germanischen Völker kennen, wie wir gesehen haben, in ihrer nationalen Ursprünglichkeit, gar kein Testament. Als sie mit den Römern zusammentreffen, finden sie dasselbe bei diesen vor und entlehnen ihnen äußerlich seinen Gebrauch, aber sie verstehen die geistige Bedeutung des römischen Testamentes natürlich nicht; verstehen sie um so weniger, als nicht einmal unsere Autoren bis heute sie verstanden haben. Sie halten das römische

---

Totalität ist, wie die subjektive Geistestranszendenz der christlichen Religion und ihres Himmelreiches. Und indem dieser Begriff des römischen Erbtums streng der objektiven Methode der Hegelschen Philosophie entflossen ist und mit ihr in der innersten Übereinstimmung steht, bleibt Hegel, wenn er ihn auch selbst verfehlte, nichtsdestoweniger der Miterzeuger und Urerzeuger desselben.

Endlich mag noch bemerkt werden, daß, was Stahl (Die Philosophie des Rechtes nach geschichtlicher Ansicht, II, 255—261) über das Erbrecht sagt, wie jeder wahrhafte Gedanke, der sich in seinem Werke findet, nur der Hegelschen Philosophie schlechthin entlehnt ist, ohne daß die Wendungen vom „Reiche Gottes" und „Reiche des Menschen", in welche der Hegelsche Gedankeninhalt hier verkleidet ist, jemand darüber täuschen können. Weil aber Hegel, der mindestens kein Jurist ex professo war, und dem bei der gigantischen universellen Aufgabe, der er sich unterzog, kein einzelnes Versehen angerechnet werden kann, der Begriff des römischen Erbrechtes völlig entgangen ist, kennt ihn auch Herr Stahl nicht. Weil Hegel das Versehen macht, die Idee des germanischen Intestatrechtes für den Begriff alles Erbrechtes überhaupt zu halten, stößt dasselbe auch Herrn Stahl zu, und weil Hegel in der Verlegenheit in die soeben kritisierte Unmöglichkeit verfällt, das Testament als eine Nachahmung und Nachbildung der Idee der natürlichen Familie (der Idee der Familie in ihrer germanischen und Hegelschen Auffassung) zu erklären, erklärt es auch Herr Stahl dafür.

Testament für das, was es äußerlich und sinnlich zu sein scheint, für eine Vermögensverfügung.

Als eine solche Vermögensverfügung nehmen sie nun das Testament von den Römern in Gebrauch, weil dies ihrem Sinne für individuelle Freiheit schmeichelt und insofern sich in dem Gedanken der individuellen Arbeit (labor, Errungenschaft), im Gegensatz zu der überkommenen Vermögenssubstanz, also in den in Fahrnis und Akquest sich darstellenden Nutzungen derselben, ein analoges Element und ein Raum für diese Freiheit der Vermögensverfügung findet. Sie nehmen es auf, nicht ohne Widerstand der nationalen Substanz gegen den fremden Eindringling[1]). Aber sie verstehen den Begriff des römischen Testamentes so wenig, daß sie lange Zeit hindurch nicht einmal seinen äußerlichen juristischen Charakter — diese Wirkungen des Begriffes — aufzufassen verstehen, und da sie einmal das Testament für eine Vermögensverfügung nehmen, es ganz und gar mit einer Schenkung unter Lebenden identifizieren. Zahlreiche Urkundenbeweise belegen dies. Die Prinzessin Irmina, Tochter des Königs Pipin, macht im Jahre 690 ein Testament. „Sana mente *testamentum meum* fieri rogavi," heißt es darin, und am Ende nochmals: „Ego Huncio presbyter hoc testamentum praescripsi ... Ego Irmina hoc testamentum meum perlegi." Die Verfügung des Aktes aber lautet: „Ista omnia ad memorata loca Sanctorum *a die praesenti* per praesentem paginam testamenti

[1]) Vgl. z. B. Lex Burgund., Tit. XLIII, cap. 1: „... Ideoque hoc ordine in populo nostro donationes factae et testamenta *valebunt* etc." Noch im Anfang des 16. Jahrhunderts waren, wie Zasius bekundet (Consil. et resp., Lib. I, Resp. 3, No. 76), die Testamente unter dem deutschen Bürgerstande noch gar nicht üblich.

tradimus et transfundimus perpetualiter in Dei nomine possidendum," und stellt somit einen sofortigen Eigentumsübergang oder eine Schenkung dar. Pipin selbst sagt in einer Schenkung, die er zugunsten einer Abtei im Jahre 706 macht: „Sed praesens *donatio* ad instar *testamenti* cum stipulatione adnixa omni tempore firma stabilitate capiat firmitatem"[1]).

Ebenso zeigt sich in den Volksrechten[2]) diese Gleichstellung von Testament und Schenkung[3]). Und endlich tritt der Charakter der Schenkung unter Lebenden in den deutschen Vergabungen von Todes wegen, aus welchen sich auch die universellen akquisitiven Erbverträge entwickeln[4]), darin aufs stärkste hervor, daß dieselben zuerst einerseits unwiderruflich sind, andererseits einen sofortigen Vermögensübergang auf den Begabten enthalten, indem der Vergabende nur bis zu seinem Tode Nießbraucher bleibt, das Sondereigentum aber an den Begabten ver-

[1]) Siehe die angezogenen beiden Urkunden in den Preuves de l'histoire de Lorraine von Dom Calmet, I, 261 und 263. Dieselbe Nichtunterscheidung zwischen Testament und Schenkung findet sich in einer Menge der daselbst mitgeteilten Urkunden.

[2]) Soweit sie überhaupt schon das Testament in sich aufnehmen; in denen der ripuarischen und salischen Franken kommt bekanntlich noch keine Spur von demselben vor.

[3]) Siehe Lex Burgund., Tit. XLIII, c. 1 (oben S. 778, Note 1), und das. Tit. LX, c. 1: „Caeterum si quis posthaec barbarus vel *testari* voluerit vel *donare* aut *Romanam* consuetudinem aut *barbaricam* servandam sciat etc." Das römische Testament und die barbarische Schenkung (Vergabung von Todes wegen) erscheinen hier — denn nur dies ist die richtige und offenbar zutage liegende Auffassung der Stelle — als absolut korrelative Begriffe.

[4]) Hierüber und über die Vergabungen von Todes wegen sehr gründlich: Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen.

äußert, oder resp. dieser in das deutsche Gesamteigentum mit dem Vergabenden getreten ist[1]).

Ja, man muß sagen, dieser juristische Irrtum, diese verwechselnde Identifizierung von Testament und Schenkung ist im höchsten Grade konsequent, wenn man zuvor den begrifflichen Irrtum begeht, das Testament für eine Vermögensverfügung, eine Vergabung aufzufassen.

Wenn das Testament, wie im römischen Geiste, die Willensfortsetzung des Erblassers darstellt, so ist ebenso begreiflich wie notwendig, daß diese Willensfortsetzung erst eintritt und eintreten kann, wenn die natürliche Weise, in welcher der erblasserische Wille (als sinnliche Persönlichkeit) existiert, erloschen ist, daß somit erst mit diesem Augenblicke des Todes das Testament mit seinem gesamten Inhalte in Wirksamkeit treten kann. Wenn aber, wie im germanischen Geiste und Rechte, gar nicht mehr die Rede davon ist, daß durch das Testament die Willenssubjektivität des Erblassers fortgesetzt werde, wenn also im Volksgeist die Anschauung diese ist, daß dieser subjektive Wille mit dem Tode wirklich erloschen ist, ohne in dem Testament den Apparat einer künstlichen und übernatürlichen Fortexistenz zu haben, so ist es auch ganz unmöglich, diesen Willen, nachdem er erloschen, etwas wollen und also jetzt erst wirksam werden und das vinculum juris erlangen zu lassen.

Es ist dies für das germanische Recht notwendig ganz ebenso unmöglich, als es für das alte römische jus civile unmöglich war, eine Willensverfügung (ein Legat) aufrecht halten zu wollen, wenn die Willenssubjektivität selbst die Fortsetzung, die sie sich geben wollte,

---

[1]) Siehe Beseler, a. a. O.

infolge davon daß der Erbe ausschlug, nicht erlangt hatte. Wenn das Testament eine Vermögensvergabung ist, so war es offenbar unmöglich, diese Vermögenshandlung erst dann vornehmen zu lassen oder als rechtlich vorgenommen und also mit dem vinculum juris bekleidet zu denken, wenn der Handelnde bereits tot und somit nicht mehr fähig war, zu wollen und zu geben. Wie unmöglich dies ist, zeigt sich am besten daran, daß selbst die römische donatio mortis causa, weil sie eben kein Testament, sondern eine Vermögensvergabung ist, anerkanntermaßen[1]) und trotz ihrer Widerruflichkeit einen sofortigen Vermögensübergang bewirkt, weshalb auch Manzipation, resp. cessio in jure oder Tradition bei ihr nötig ist[2]).

Dieses juristische Mißverständnis des römischen Testamentes im germanischen Recht ist also bei Zugrundelegung des begrifflichen Mißverständnisses desselben ein höchst logisches und konsequentes. Es ist ein Irrtum, in dem größere Wahrheit enthalten ist, als in der Verbesserung desselben.

Dieser Irrtum ist nur ein Beweis von dem Widerstande, welchen noch in der Aufnahme des Testamentes die nationale Anschauung und die gesunde Rechtslogik dem fremden unbegriffenen Wesen des Erbtums entgegensetzt, in-

---

[1]) Siehe z. B. Vangerow, Pandekten, II, 579 fg.; Savigny, System, IV, 266 fg.

[2]) Es bleibt, trotz aller Abweichungen, die erst durch eine geschichtliche Entwickelung der donatio mortis causa im Verband mit der von uns gegebenen des Erbrechtes klar gelegt werden können, immer ihr Charakter: Praesens praesenti dat (Marcell., L. 38 de mort. caus. don., 39, 6), weshalb sie mit Recht (L. 1 pr. de donat., 39, 5) als eine gewöhnliche Schenkung, welche nur durch eine Bedingung wieder aufgelöst wird (donatio quae conditione resolvitur) angeführt wird.

dem sie es unbewußt in eine Schenkung unter Lebenden verwandelt.

Es dauert daher lange, bis dieser Irrtum über den juristischen Charakter des Testamentes berichtigt, und dasselbe auch bei den germanischen Nationen wie in Rom zu einem allezeit und willkürlich widerruflichen, erst mit dem Tode Rechtskraft erlangenden Akte geworden ist, und diese Berichtigung vollbringt sich in vielfachen und allmählichen Übergängen, deren Geschichte zu geben hier nicht der Ort ist.

Aber als nun dieser juristische Irrtum berichtigt ist, ist nichtsdestoweniger der begriffliche Irrtum, das römische Testament für eine Vermögensvergabung zu halten und es als solche aufzunehmen, geblieben. Es ist daher durch diese Berichtigung nicht nur nichts gewonnen, sondern es ist jetzt gleichsam der Irrtum nur in seine zweite und noch substantiellere Phase getreten. Denn der juristische Charakter des römischen Testamentes ist jetzt dem begrifflichen Boden, in welchem er allein seine geistige Wurzel, seine innere Existenzmöglichkeit hat und welcher allein jenen juristischen Charakter hervortreibt, dem Begriff der Perpetuierung der Willenssubjektivität [1]), entrissen, und ohne diese seine organische Grundlage auf die äußerlichste und begriffloseste Weise in eine geistige Welt (Intestaterbtum, Erbtum als eigenes Recht des Familiengliedes auf das an sich gemein-

[1]) Die germanischen Nationen können trotz ihres Prinzipes der geistigen Unsterblichkeit, oder vielmehr wegen desselben, keinen Sinn und darum auch kein Verständnis für diese Willensunsterblichkeit besitzen, welche das höchste Interesse und den höchsten Inhalt des römischen Geistes bildet, und zwar deshalb, weil ihre Unsterblichkeit zwar auch noch die des subjektiven Geistes, aber des nur auf sein inneres

same Vermögen) und auf einen juristischen Boden (Vermögenshandlung) übertragen, mit welchen sie nach allen Seiten hin in dem widerspruchvollsten Konflikt, in dem Verhältnis innerer Unmöglichkeit stehen.

Denn es braucht jetzt nicht mehr bewiesen zu werden da dieser Beweis vielmehr durch die gesamte Entwickelung dieses Bandes in seiner objektivsten Weise und darum in seiner unwiderleglichsten Schärfe erbracht worden ist —, sondern es braucht nur noch ausgesprochen zu werden, daß, wie sich hierdurch ergeben hat, das gesamte Testamentsrecht der germanischen Nationen nichts ist als ein großes Mißverständnis! Ein Mißverständnis, dessen Entstehung, Natur und Beschaffenheit wir auf das genaueste nachgewiesen haben.

Nationen haben gut fremde und darum in ihrem innersten Wesen unverstandene Institutionen in sich aufnehmen wollen. Juristen haben gut diesen Institutionen ihren äußeren rechtlichen Charakter ablauschen und verpflanzen. Was hieraus entsteht, ist dennoch niemals die wirkliche Aufnahme des Fremden. Hierzu würde vor allem das begriffliche geistige Verständnis des Aufzunehmenden gehören, aber in diesem Falle würde es wegen der Fremdheit dieses seines Begriffes für den anderen Volksgeist gar nicht zur Aufnahme kommen. In ihrer Idee gründlich mißverstanden wird vielmehr die Institution, resp. was

---

Wesen bezogenen, in sich zurückgezogenen Geistes (Seele, individuelle Seligkeit) ist, nicht mehr die des noch auf die Außenwelt bezogenen subjektiven Geistes, also nicht mehr Willensunsterblichkeit ist. Die Objekte des endlichen Willens kümmern die reine Seele des Christen nicht mehr, und nicht mehr in der Fortdauer seiner Herrschaft über die Außenwelt, wie der römische Geist, hat er die Gewähr seiner Unsterblichkeit.

von ihrem äußerlichen juristischen Charakter abstrahiert worden ist, unter die Herrschaft der eigenen nationalen Ideen des aufnehmenden Volksgeistes gestellt und in gewaltsamster Weise zu einer rein äußerlichen Einheit mit diesen verbunden. Während die Institution somit hier, da sie um ihren Begriff gekommen, auch eine ganz andere juristische Gestaltung annehmen muß, als auf ihrem ursprünglichen Boden[1]), scheint sie gerade dadurch nach dem Verlauf längerer Zeitperioden zu dem eigenen geistigen Inventar der aufnehmenden Nation selbst zu gehören, ist und bleibt aber mit diesem Volksgeiste nur in solcher Einheit, wie etwa ein Dorn mit dem ihn umgebenden Fleische. Ihres Begriffes entäußert, bleibt sie, ebenso wie sie einen totalen Widerspruch gegen ihre frühere organische Gestalt darbietet, ebenso auch nach allen Seiten hin im schneidendsten Widerspruch mit dem neuen Boden, auf den sie verpflanzt, mit den nationalen Ideen, unter deren Herrschaft sie gestellt worden ist, ist und bleibt sie: der Widerspruch in sich selbst, eine innere Unmöglichkeit.

Dies ist das Schicksal des römischen Testamentes bei den germanischen Nationen. Aufgenommen von einem Volksgeist, der seiner eigenen nationalen Idee nach alles Erbtum als Intestaterbtum, als das eigene Recht des Erben auffaßt, wird bei diesen Nationen auch dem testamentarischen Erbrecht der Charakter des germanischen Erbtums überhaupt, der Charakter des Intestatrechtes aufgedrückt und so die bei

[1]) Glaubt man vielleicht, ein alter Römer würde unser heutiges Testamentsrecht noch als ein Testamentsrecht überhaupt gelten lassen, oder würde es ihm nicht vielmehr als eine reine Absurdität erscheinen müssen?

letzterem begrifflich notwendige Maxime: Le mort saisit le vif, auch auf jenes ausgedehnt.

Will man einen noch augenfälligeren Beweis hierfür, als die bisherige Auseinandersetzung enthält, so braucht man nur einen Blick auf eine andere Maxime des fränkisch-germanischen Testamentsrechtes zu werfen, eine Maxime, in Verbindung mit welcher jener Grundsatz: Le mort saisit le vif, erst sein wahres Verständnis erhält. Wir meinen die Maxime[1]): Solus Deus heredem facere potest, non homo[2]), oder, wie sie die französischen Coutümen ausdrücken: Heritier ne s'institute point. Diese Regel, entstanden nach der Aufnahme des Testamentes aus dem römischen Recht, um den Unterschied von demselben darzulegen, erreicht diesen Zweck in einem hohen Grade. Sie zeigt auf das sinnfälligste, wie das Testament in seiner Rezeption selbst in ein seinem römischen Sinne schlechthin Entgegengesetztes und Fremdes verwandelt wird. Sie zeigt, wie dem testamentarischen Rechte selbst von den germanischen Nationen bei seiner Aufnahme der Charakter des Intestaterbrechtes aufgedrückt, wie es unter die Herrschaft der nationalen Intestaterbidee gestellt wird, gerade wie wir dies eben von der Geltung der Maxime: Le mort saisit le vif, innerhalb des Testamentsrechtes gesehen

---

[1]) Glanville, De legibus Angliae, VII, 1; vgl. de Laurière sur Loisel, 2, 4, 5.

[2]) Es gibt bei richtiger Auffassung gar keine konzentriertere Parallele des Geistes des germanischen und des römischen Erbrechtes, als die Vergleichung dieses Satzes mit dem entsprechenden römischen: *Praetor* heredem non facere potest. Wie im germanischen Geist das Erbtum nur durch die natürliche Geburt (Gott, als Ursache derselben) hervorgebracht werden kann, so in Rom nur durch den spezifischen historischen Volksgeist, das *jus civile*.

haben [1]), und ganz unbekümmert um den radikalen Widerspruch, in welchen dadurch die aufgenommene Testamentsidee mit sich selbst gerät.

Wir wiederholen es, das moderne Testamentsrecht ist, wie sich gezeigt hat, nichts als ein großes Mißverständnis, eine kompakte theoretische Unmöglichkeit!

Es würde nichts nützen, diesen Ausspruch kühn finden, die Augen gewaltsam gegen ihn verschließen, ihm Neologismus und negativen Kritizismus zur Last legen zu wollen. Wir sind nicht von einer subjektiven Polemik, nicht einmal von einer Kritik gegen das Testament ausgegangen. Wir haben dasselbe keineswegs von willkürlich von uns mitgebrachten subjektiven Verstandesgrundsätzen herab beurteilt. Wir sind vielmehr durchaus positiv begreifend, objektiv darstellend zu Werke gegangen. Wir haben die große kulturhistorische Idee des römischen Testamentes, seine geistige Wahrheit, sich ergeben sehen; wir haben ihren objektiven Entwickelungsgang durch die Phasen der römischen Rechtsgeschichte und bis zu den germanischen Nationen verfolgt. Wenn es diese streng historische Entwickelung selbst ist, welche mit immanenter Notwendigkeit in jenes Resultat mündet, so ist dasselbe nicht mehr eine willkürliche und subjektive Kritik, es ist die von

[1]) Es ist dies so wahr, daß selbst in den Zweigen des germanischen Rechtes, in welchen die Maxime solus Deus etc. nicht aufgenommen ist, ihr Sinn dennoch zutrifft. Denn auch wo man einen Erben testamentarisch einsetzen kann, ist er doch nur den Worten nach Erbe. In der Tat aber verhält er sich, da er nicht Willensfortsetzer ist, zum römischen heres immer nur ähnlich wie ein Legatar, ein Bedachter, etwa wie ein legatarius partiarius, in dessen Anteil alle Erbschaftssachen hineinfallen. Daß man aber testamentarisch nur einen légataire universel, nicht einen Erben ernennen könne, ist eben was durch jene Maxime besagt wird.

der Geschichte selbst vollzogene und darum objektive Kritik des Testamentes, es ist die vom menschlichen Gattungsgeiste selbst vollbrachte Auflösung des Dogmas. Jener Ausspruch hat daher keine geringere Bedeutung, als das absolute Urteil der Wissenschaft zu bilden, gegen welches weder Einwurf noch Appell möglich sein wird.

Der große Irrtum der Neueren, daß das Testament naturrechtlich sei, hat durch die wahrhafte Entwickelung der Idee und Geschichte des Testamentes seine so erschöpfende Auflösung gefunden, daß seine wissenschaftliche Fortdauer fortan unmöglich ist.

Weit entfernt von diesem Irrtum, fassen die Römer, statt das Testament für juris gentium zu halten, den öffentlichen Geist für die wesentliche Bedingung nicht nur der Hervorbringung, sondern auch der Fähigkeit zum Testamente auf[1]). Weit entfernt, das Testieren für eine natürliche und darum naturrechtliche Fähigkeit des Individuums zu nehmen, ist der Römer vielmehr von der natürlichen Unfähigkeit des Individuums, nach seinem Tode noch einen Willen auszuüben, so durchdrungen, daß es des Zusammentreffens zweier Willen, des Konkurses eines noch lebenden Willens bedarf, welcher den des Toten zu dem seinigen macht, damit der Wille des Toten, das Testament, ein gültiger sei. Wir haben gesehen, wie dies schon in der äußeren Form des klassischen Testamentsaktes heraustritt, in der älteren Gestalt des testamentum per aes et libram, dessen Bedeutung eben diese ist, alle Momente der Idee des Testamentes in der äußeren Form zu setzen. Wir haben ferner gesehen, wie dies auch nach dem Verfall dieser

---

[1]) Siehe Nr. X und XV.

Testamentsform und zu allen Zeiten, solange römisches Recht existiert, der inhaltliche Grundgedanke desselben bleibt, indem der Wille des Verstorbenen (das Testament) nur dann und dadurch fortbesteht, daß ihn der Lebende zu dem seinigen macht, und mit dem Ausschlagen oder dem Tode dieses letzteren die Nichtigkeit des toten, nicht mehr wollen könnenden Willens, die Ungültigkeit des Testamentes eintritt[1]). Es genügt, an diese zwei Punkte zu erinnern. Überdies ist unsere gesamte Darstellung des römischen Erbrechtes nur eine Durchführung und Entwickelung dieses Gedankens gewesen. Das römische Recht unterstützt also den Irrtum von der naturrechtlichen Natur des Testamentes nicht nur nicht, es schließt ihn aus und ist gerade seine beste Widerlegung. Das römische Recht, statt anzunehmen, daß der Wille nach seinem Untergange noch verfügen, ein vinculum juris hervorbringen könne — was eine schlechthin sich in sich selbst widersprechende Annahme ist —, ist gerade die ungeheuere Anstrengung, den Willen im Tode der natürlichen Person nicht untergehen zu lassen, sondern ihn durch die Identifikation mit einer lebenden Willensperson in alle Ewigkeit zu erhalten (Nr. VIII). Das römische Erbtum stellt daher, wie wir erschöpfend gesehen haben, nicht eine Vermögenszuwendung, sondern die Forterhaltung der Willenssubjektivität dar. Nur hierin ist seine Substanz, seine geistige Bedeutung, sein Interesse, weshalb wir dasselbe als das Dogma der Unsterblichkeit in seiner römischen Gestalt bezeichnen konnten. Dies ist so wahr, daß zur Zeit, wo der nationale Geist noch in der Blüte seiner ursprünglichsten Gedrungenheit steht, die Fortsetzung der Willenssubjektivität sogar in Spaltung und nega-

[1]) Siehe Nr. V

tiven Gegensatz gegen die Vermögenszuwendung tritt (s. Nr. VII). Ja, dieser Gegensatz ist sogar ein stets bleibender, denn er ist die bleibende Grundlage des Legates (s. Nr. XIV fg.). Und er muß ein bleibender sein, denn erst in dem Sichabstoßen seiner von sich selbst, in der sich zu einzelnen und bestimmten Willenswirkungen treibenden Fortexistenz seiner allgemeinen Willenssubjektivität, also erst in der von dem Erben abstoßenden und seinem Interesse negativen Verfügung des Legates, hat der Wille des Toten die echte Gewähr und Betätigung, daß er es ist, der in dem erbenden Willen fortexistiert. Das höchste Interesse des Erblassers, die unzweifelhafteste Betätigung seiner Willensfortdauer ist nicht, daß der Erbe hat, sondern daß der Erbe handelt, wie sein, des Erblassers Wille ihn handeln läßt (s. Nr. VI und VII).

Das römische Recht, weil es also wirklich die Fortexistenz des Willens des Toten durch die Identifizierung ihrer Willenssubjektivität, die Erbe und Erblasser vornehmen, hervorbringt, wenn auch natürlich in supranaturalistischer und idealistischer Weise, wie der Christ seine Fortexistenz im Jenseits, ist daher das einzige innerhalb seiner konsequente, das einzige in sich mögliche Testamentsrecht. Zwar haben wir gesehen, wie auch dieses Testamentsrecht an der Unmöglichkeit seiner spiritualistischen Voraussetzung, daß A = B sei, oder daß die Willenssubjektivitäten des Erblassers und des Erben trotz aller gewollten Identifikation aufhören können, andere gegeneinander zu sein, zerschellt und zerschellen muß, wie sich ebenso schon in der erbrechtlichen Dogmatik an den äußersten Grenzen dieses Testamentsrechtes als in der Geschichte desselben der Widerspruch dieser übernatürlichen Voraussetzung mit der

Wirklichkeit hervortreiben muß. Aber von der Unmöglichkeit dieser Voraussetzung einmal abgesehen und diese Anschauung einmal zugegeben, ist innerhalb derselben und somit innerhalb des Testamentsrechtes alles vernünftig, konsequent und notwendig. Wenn einmal die Willenssubjektivität trotz des Todes ihres natürlichen Substrates fortexistiert, so ist es auch ganz natürlich, daß dieser Wille noch nach dem Tode wirken und verfügen kann.

Wenn aber, wie im germanischen Rechte, von einer künstlichen Fortsetzung der geistigen Willenssubjektivität durch das Testament gar keine Rede ist, wenn dieses als bloße Vermögenszuwendung aufgefaßt, wenn der subjektive Wille somit, wie er es in Wahrheit ist, als ein mit seinem Tode erlöschender angesehen wird, — wie ist es dann möglich, daß der Wille nach seinem Untergange noch disponiert und Verfügungen trifft? Und zu leugnen ist es doch nicht, daß, da das Testament bis zum erfolgten Tode stets willkürlich widerruflich bleibt, der Wille erst nach dem Tode das vinculum juris erzeugt, rechtliche Willensverfügung wirkt.

Es wird nichts nützen, hiergegen mit Vorwürfen einer atomistischen Rechtsanschauung usw. um sich werfen zu wollen. Diese Vorwürfe wären schon um dessentwillen ganz unangebracht, weil die vorstehende Argumentation ja zunächst nur das Testamentsrecht, und nicht das Intestaterbrecht trifft, welches man ohnehin bei uns als das substantiellere ohne Schwierigkeit gelten läßt. Und auch abgesehen davon, wäre dieser angebliche Atomismus mit der Logik selbst identisch, da es der absolute Widerspruch in sich selbst ist, daß der Wille, nachdem er zu sein aufgehört hat, wollen und geben kann. Es findet sich daher dieser Widerspruch nur als Folge der erörterten miß-

verständlichen Auffassung des römischen Testamentes als einer Vermögensverfügung im germanischen Rechte vor. Oder vielmehr richtiger, eben wegen dieser irrtümlichen Auffassung findet sich dieser unmögliche Widerspruch auch im germanischen Rechte nicht vor, sondern es wird nun, wie wir gesehen haben, deshalb das Testament von ihm in eine sofortige Vermögensentäußerung, in eine Schenkung unter Lebenden umgewandelt. Erst Schritt für Schritt bringen es die romanischen Juristen dahin, diese Reaktion der nationalen Rechtsvernunft zu besiegen und die rechtliche Wirkung des römischen Testamentes in das germanische Recht empirisch hinüber zu impfen.

Betrachtet man jetzt also, mit welchem Recht und auf welchen Grund hin man das moderne Testament für ein Naturrecht ausgegeben hat, so ergibt sich ein gar seltsames Resultat. Man hat ein Naturrecht gemacht aus dem, was vielmehr eine natürliche Unmöglichkeit ist! Man hat ein Naturrecht gemacht aus einem Rechte, — welches sich nie und nirgends vorfindet, in dem nationalen Rechte keines Volkes und keiner Zeit[1]), weder im römischen, noch im germanischen! — Gerade weil sie weder begriffen, warum sich dieses angebliche Recht im germanischen Recht nicht findet, noch welche ganz andere Natur und Bedeutung es im römischen Rechte hat, — aus diesem doppelten Irrtum haben die

[1]) Es ist bekannt, daß der Orient nur Intestatrecht kennt. Was das attische Recht betrifft, so ist nicht hier der Ort zu beweisen, aber von selbst einleuchtend, daß das sehr späte Aufkommen des Testamentes von Rom importiert ist. Die attische Vermögensübertragung durch Adoption ist natürlich etwas ganz anderes.

Juristen die erst durch ihr eigenes gelehrtes Mißverständnis hervorgebrachte Fähigkeit des toten Willens, über das Vermögen zu verfügen, zu dem stolzen Range einer naturrechtlichen erhoben!

So blutig und schneidend die Ironie dieser Gegensätze ist, so wenig wird man ihre nachgewiesene tatsächliche Wahrheit bestreiten können. Aber auch die innere Verbindungsbrücke, welche zwischen diesen schroffen Gegensätzen besteht, liegt näher, als es auf den ersten Blick scheinen sollte. In der Tat, gerade weil man den begrifflichen Zusammenhang, die geistige Entstehung und Vermittelung des römischen Testamentes nicht begriff – und deshalb natürlich auch nicht den Prozeß seiner Übertragung in das Recht der germanischen Nationen –, weil man also seine wahre historische Geistespositivität nicht verstand, mußte dies Recht zu testieren als ein unmittelbar gegebenes erscheinen. Folglich konnte und mußte es nach zwei entgegengesetzten Seiten hin mißverstanden werden, und ist auch wirklich nach beiden Seiten hin mißverstanden worden. Man konnte es, als unmittelbar gegebenes, als ein bloß äußerliches positives Rechtsinstitut auffassen, — und dieser nicht weniger große Irrtum ist von allen begangen worden, welche das Testament nicht für naturrechtlich halten. Dieser Irrtum ist durch unsere Darstellung gleichfalls gänzlich beseitigt. Wir haben gesehen, wie das römische Testament vielmehr in der innersten Entwickelungsgeschichte des welthistorischen Geistes selbst seine ideelle Genesis und notwendige Wurzel hat, wie es selbst eine Phase dieses Werdensprozesses des Geistes darstellt, statt bloß äußerlich positiv zu sein.

Oder aber man konnte — hier wie immer gehen die abstrakten Gegensätze ineinander über — als unmittel-

bar gegebenes das Testament als ein natürlich-gegebenes, d.h. als Naturrecht auffassen.

Und die Flachheit des eben erörterten entgegengesetzten Irrtums mußte freilich zu diesem nicht minder verkehrten treiben.

Beide Irrtümer sind jetzt von uns aufgelöst, und es ist in ihre Wahrheit hindurchgebrochen worden.

Es hat sich gezeigt, daß das Testament, weit entfernt davon, ein nur positiv gegebenes Rechtsinstitut zu sein, ein notwendiges Moment des Geistes in seiner historischen Entwickelung darstellt, und eben deshalb ebenso weit entfernt, ein bleibendes oder naturrechtliches zu sein, mit dem Vorübergehen dieser Entwickelungsstufe des welthistorischen Geistes, der römischen Stufe, um jeden Sinn, Zusammenhang und innere Möglichkeit gekommen ist, und nicht nationaler Rechtsschöpfung, sondern nur gelehrtem Mißverständnis seine widerspruchsvolle Erhaltung verdankt.

Zugleich haben wir an diesem großen Beispiel des Erbrechtes einen lehrreichen Nachweis, wie Gelehrte Geschichte machen, wenn sie Produkte des geistigen Lebens anderer Nationen in empirischer Auffassung unverstanden übertragen.

Jetzt erst nach dieser Darlegung und Charakterisierung der Beschaffenheit, welche die Aufnahme des Testamentes durch die germanischen Nationen hat, begreift sich klar und lichtvoll von innen heraus, wie in jener Periode, wo mit allem bloß empirisch Überlieferten gebrochen wurde, in jener Zeit, wo, wie Hegel sagt, „die Welt auf ihren Kopf, die Vernunft, gestellt wurde," das Gesetz des französischen Nationalkonventes vom 7./10. März 1793, durch welches alle Fähigkeit, in direkter Linie

zu testieren[1]), abgeschafft wurde[2]), so möglich wie notwendig war. Es würde bloß von gänzlicher Gedankenlosigkeit zeugen, dasselbe auf Rechnung der beliebten Deklamationen von abstrakter Gleichheitswut des Konventes setzen zu wollen. Wie der Instinkt stets der bewußten Theorie vorausgeht, war es nichts als der aus der Reaktion gegen alles empirisch Überlieferte von selbst entspringende, unbewußte Rückgang des Volksgeistes auf seine eigene nationale Substanz[3]). Freilich

[1]) Vgl. hierüber und über die Fortsetzung des vom Konvent erlassenen Erbrechtes im Code Napoléon genauer im ersten Bande, S. 639 fg.

[2]) Brissot, der Chef der Gironde, tritt dabei mit großer theoretischer Bewußtheit auf. „Le premier principe", sagt er, „c'est que le droit de tester est une de ces conventions *sociales*, qui ne tiennent leur existence que de la loi; le second, c'est que la loi peut ne pas faire exécuter *la volonté d'un individu qui n'est plus.* La loi peut supprimer la convention qu'elle garantit; le droit de tester peut donc être aboli." (Moniteur vom 9. u. 10. März 1793.) Bei tieferer Betrachtung führen sich, wie wir gesehen haben, diese beiden Prinzipien auf eine Einheit zurück und das „la loi peut ne pas faire exécuter etc." verwandelt sich in ein „ne peut pas faire exécuter la volonté d'un individu qui n'est plus," was auch Brissots Konklusion innerlich zugrunde liegt.

[3]) Es zeigt sich hier wieder beiläufig, als wie seicht sich, wenn man tiefer dringt, das unwissende Geschwätz der Tagespublizisten à la Dietzel herausstellt, welche in der Französischen Revolution von 1789 den Triumph des „Romanismus" und den Untergang des germanischen Elementes in der französischen Nation erblicken. Wir sehen im strikten Gegenteil, wie der Konvent es gerade ist, welcher, den seit Jahrhunderten empirisch aufgenommenen und in Deutschland noch ruhig fortbestehenden Romanismus entfernend, mit der größten Energie wieder auf den eigenen Gehalt des germanischen Geistes zurückgeht. Da wir hier übrigens,

wird damit nicht bis in die germanischen Wälder zurückgegangen. Der begriffliche Unterschied von dem Charakter des germanischen Erbrechtes besteht unter diesem Konventsgesetze nämlich darin, daß die Intestaterben (Kinder) während des Lebens des Erblassers kein Recht (kein ansich seiendes) auf das Vermögen desselben haben, derselbe vielmehr (vgl. dagegen oben über das Erbeigen) beliebig auf lästigen Titel veräußern kann, und deshalb auch konsequent alle Teile der Erbschaft für die Schulden haften. Die Intestaterben erben also nur, insofern etwas beim Tode noch da ist, sie erben gesetzlich, insofern irgend Vermögensgegenstände zur Vererbung überhaupt kommen; sie haben aber kein Recht mehr darauf, daß irgendein Teil von dem Vermögen des Lebenden zur Vererbung komme. D. h. es hat sich jetzt gerade die Idee der individuellen Freiheit so weit gegen das germanische Recht entwickelt, daß der Eigentümer zum

---

wie schon mehreremal im Laufe dieses Werkes, dieses Dietzelschen Räsonnements Erwähnung getan haben, welches gerade seiner Oberflächlichkeit wegen so große Beliebtheit und Verbreitung gefunden und selbst Männer mit sich fortgerissen hat, von denen man ein Besseres hätte erwarten sollen, so sei es erlaubt, hier die Ansicht anzuführen, die ein anderer Mann, ein Mann freilich auch von ganz anderen realen Studien, die Eduard Gans über das Verhältnis der Französischen Revolution zum germanischen und romanischen Geiste ausspricht. Gans (Erbrecht, III, 480) schließt seine Auseinandersetzung über das Verhältnis des romanischen und germanischen Geistes in Frankreich mit den Worten: „Wenn seine romanische Grundlage es schon im Mittelalter glänzen ließ, so hat die freie Bewegung des germanischen Geistes in ihm sich ebenso von diesem Mittelalter, freilich in Form einer gewaltigen Feuersbrunst, zu befreien gesucht, und die neue Kultur, an deren Spitze es getreten, läßt von einem alten Frankreich sprechen, das sich von dem heutigen unterscheidet."

alleinigen und unbedingten Eigentümer geworden ist. Mit anderen Worten liegt aber hierin nur, daß das Eigentum jetzt nicht mehr, wie Hegel will, und wie im germanischen Rechte wirklich der Fall ist, an sich gemeinsames Eigentum der Familie ist, und sich diese ansichseiende Gemeinsamkeit beim Tode nur auflöst. Denn hierzu wäre eben erforderlich, daß schon bei Lebzeiten des Eigentümers ein an sich vorhandenes und seine Veräußerungsbefugnis beschränkendes, wenn auch erst nach seinem Tode zur aktuellen Wirksamkeit gelangendes Recht der Intestaterben da wäre. Da dies nicht der Fall, so ist das Eigentum jetzt rein individuelles Eigentum, nicht Familieneigentum. (Nur verschenken kann der Eigentümer beim Dasein von Kindern auch während seines Lebens nicht über die quotité disponible hinaus.) Auf welchem Prinzip beruht nun aber hier die Intestaterbfolge? Da der Eigentümer alles auf lässigen Titel veräußern und verschenken kann, beruht sie nicht auf einem eigenen Vermögensrechte der Intestaterben, welches sonst schon bei Lebzeiten als ein Ansich vorhanden sein müßte. Da der Erblasser nicht testieren kann, so beruht sie auch nicht auf einem präsumierten Willen desselben. Es ist also klar, daß sie auf nichts anderem beruht, als auf dem die Vermögenshinterlassenschaften regelnden allgemeinen Willen des Staates. Sie beruht auf der Familie, da sie nur diese beruft, aber nicht mehr auf der Familie als aus eigenem Recht erbender, auch nicht auf der Familie als durch den präsumierten Willen des Toten berufen, sondern auf der Familie als Staatsinstitution. (Weshalb nun auch die Befugnis des Eigentümers zu Schenkungen im Interesse der Familie beschränkt wird und werden kann.) Hier zeigt sich, in ihrem Inneren betrachtet, eine jener geistigen Ähnlichkeiten

der Französischen Revolution mit dem altrömischen Volksgeiste und seinem strengen jus civile. Doch ist ebensowenig der Unterschied und Gegensatz zu übersehen. Dort (Nr. XL) galt der allgemeine Staatswille nur als der präsumierte Wille des Individuums, hier gilt vielmehr das individuelle Verhältnis der Familie nur als Institution des Staates. Das Allgemeine ist also hier gerade in viel tieferem und prinzipiellerem Sinne der geistige Boden des Erbrechtes.

Selbstredend wird jedes Erbrecht, welches, wie der Konvent die Testierfreiheit aufhebt, andererseits aber auch ein ansichseiendes Vermögensanrecht der Intestaterben bei Lebzeiten des Eigentümers nicht anerkennt, auf demselben Prinzipe beruhen. Aber wenn auch nur, wie meist in den gegenwärtigen Erbrechten der Fall, die letztere Bedingung zutrifft, Testierfreiheit aber innerhalb einer quantitativen Grenze (quotité disponible) besteht, so wird doch bis zu dem Punkte, wo diese quotité disponible und also mit ihr die Testierfreiheit eintritt, das eben Entwickelte der Charakter dieses Erbrechtes sein. (Denn soweit das Individuum nicht testieren kann, soweit läßt sich das Intestatrecht nicht als präsumierter individueller Wille auffassen.) Es ist also, wie sehr dies auch verwundern oder erschrecken mag, bei der wahrhaften Betrachtung dennoch der Fall, daß die meisten heutigen Erbrechtssysteme, wie z. B. der Code Napoléon, in ihrem innersten Grunde und bis zum Eintreten der disponiblen Quantität, ansich oder im Prinzip nichts anderes darstellen, als eine Regelung der Hinterlassenschaften von Sozietäts wegen.

Wegen jenes inneren absoluten Widerspruches des Testamentes ist es endlich noch keinem Philosophen gelungen, einen wahrhaften und haltbaren Begriff des Te-

stamentes aufzustellen; und dies ist der letzte Nachweis, den wir als Schluß dieser Darstellung zu erbringen haben.

Von Hegel haben wir bereits nachgewiesen, daß seine Erbrechtstheorie lediglich eine Theorie des Intestaterbrechtes ist, und das Testament aus ihr heraus weder gerechtfertigt ist noch werden kann. Der einzige Philosoph außer Hegel aber, welcher eine Erbrechtstheorie aufgestellt hat, die diesen Namen verdient, ist Leibniz. Seine Testamentstheorie ist folgende [1]: „Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis, sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum, quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam." („Testamente aber wären mit vollem Recht durchaus null und nichtig, wenn die Seele nicht eine unsterbliche wäre. Aber weil die Toten in Wahrheit noch leben, so bleiben sie Eigentümer der Sachen, diejenigen aber, welche sie als Erben zurückließen, sind aufzufassen wie ihre stellvertretende Verwalter in dem Vermögen.")

In mehr als einer Hinsicht sind diese tiefen Worte des tiefen Denkers vom größten Interesse! Zunächst tritt deutlich hervor, wie nahe daran Leibniz war — und bei dem Urheber der Monadenphilosophie, in welcher das Prinzip der reinen Individualität seine höchste geistige Spitze gefunden hat, erhellt sofort die Notwendigkeit dieses Übereintreffens —, das Prinzip des römischen Erbrechtes aus sich heraus zu reproduzieren. Das Testament hat ihm nur deshalb Gültigkeit, weil die individuelle Seele des Erblassers unsterblich ist, weil die Seelen auch nach dem Tode manent domini rerum, ganz wie wir in der Tat den objek-

[1]) Nova Methodus Jurisprud., ed. Lips. et Halae 1748, pars specialis, § 20, p. 43.

tiven Hervorgang des römischen Testamentes aus dem Manenglauben nachgewiesen haben. Aber kein einzelner denkt mit der Konsequenz eines Volksgeistes, und Leibniz ist, indem er auf dem Wege ist, die Idee des römischen Testamentes auf dem Boden des christlichen Geistes zu reproduzieren, durch den Einfluß dieses Bodens auch gezwungen, wieder in das reine Gegenteil der römischen Erbrechtsidee zu verfallen. Denn während die römische Testaments- und Erbrechtsidee überhaupt die versöhnte Identifikation der beiden Willenssubjektivitäten des Erblassers und Erben ist, welche hervorbringt, daß ersterer in letzterem fortlebt, daß letzterer, der heres, selber der Erblasser und seine Fortexistenz ist, kann auf dem Boden des christlichen Geistes, der die Fortexistenz des Individuums wo anders als in dem von ihm als endlich aufgegebenen subjektiven Willen weiß, diese Auffassung nicht mehr stattfinden, und der Erblasser bleibt daher der Eigentümer des Vermögens, zu welchem sich der Erbe nur als sein Verwalter bestimmt.

Kritisch betrachtet, widerlegt sich die Theorie von Leibniz sehr einfach.

Zunächst ist klar und wird von Leibniz gerade selbst anerkannt und hervorgehoben, daß hiernach nur unter der Voraussetzung der Unsterblichkeit der Seele von einem Testamente die Rede sein kann. Aber selbst noch unter dieser Voraussetzung ist seine Theorie in philosophischer wie juristischer Hinsicht gleichmäßig unhaltbar. Erstens deshalb, weil bei der christlichen Unsterblichkeit, im Gegensatze zu der römischen, der als reine Seele fortexistierende Geist nicht mehr auf die irdische Außenwelt und deren sachliche Teile bezogen sein kann. Er hat diese Beziehung mit der Einkehr in den Himmel seiner reinen Wesenheit abgestreift. Seine himmlische Fortexistenz ist

gerade dies, diese Endlichkeit in sich selbst und diese Beziehungen auf Endliches aufgehoben zu haben. Bei der christlichen Unsterblichkeit, bei der Unsterblichkeit der Seele, kann daher der Tote nicht mehr fortfahren, Eigentümer zu sein. Der Römer kann ihm diese Fortexistenz geben, weil er die Unendlichkeit überhaupt im Willen selbst erblickt, und daher dem Willen des Erblassers die Unsterblichkeit in dem subjektiven Willen eines anderen Lebenden gibt. Der christliche Geist, der sich, weil ihm die Unsterblichkeit Einkehr in sein reines Gattungswesen ist, dieselbe nicht in einem anderen lebenden Subjekt geben kann, sondern sie in den transzendenten Himmel der absoluten Geistigkeit verlegen muß, zeigt eben hieran, wie er nach seinem eigenen Gedanken prinzipiell gar nicht fortfahren kann, Eigentümer zu bleiben.

Zweitens, wäre der Tote Eigentümer, ohne selbst in dem Lebenden fortzuexistieren, so ist nach dem Früheren philosophisch wie historisch klar, daß er dann gar nicht diese positive und versöhnte Stellung zu dem Lebendigen als seinem Stellvertreter und Prokurator einnehmen könnte, wie sie ihm Leibniz in einer willkürlichen Vorstellung leiht, sondern als bleibender Willensherr und Eigentümer zu dem Lebenden, der kein Eigentümer ist, folgerecht in das negative Verhältnis treten müßte, das sich uns philosophisch als die erste Stufe dieses Verhältnisses herausgestellt und historisch als die pelasgische ergeben hat. Drittens endlich tritt zur philosophischen Widerlegung und als eine notwendige Folge derselben die juristische, daß nach Leibniz, wenn man von den beiden ersten Gründen selbst absähe, zwar das testamentarische Erbtum gerettet, aber das Eigentum untergegangen wäre. Nach der Theorie Leibnizens wäre Adam, resp. der erste Testator, der einzige Eigentümer, alle anderen Menschen nur in alle

Ewigkeit Verwalter und Prokuratoren desselben. Die juristische Kategorie des Eigentums wäre untergegangen, und diese Theorie steht daher mit dem gesamten juristischen Stoff selbst in dem diametralsten Widerspruch.

So zerschellt auch die Leibnizsche Theorie vollständig. — Endlich muß noch hervorgehoben werden, daß, obgleich Leibniz das Angeführte nur in bezug auf das Testament sagt, er dennoch durch dasselbe vermöge der notwendigen Konsequenz des Gedankens seiner eigenen Theorie des Intestaterbrechtes widerspricht und sie aufhebt [1]). Denn wenn Leibniz einmal den positiven Satz aufstellt, daß wegen der Unsterblichkeit der Seele die Toten in Wahrheit noch leben und deshalb weiter Eigentümer der Sachen bleiben (sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum), so gilt das dann notwendig und um so mehr auch von den *ab intestato* hinterlassenen Sachen, und Leibniz hebt dadurch selbst auf, was er uns (s. d. Note) über die Begründung des Intestaterbrechtes sagt [2]).

---

[1]) Diese faßt er in folgende zwei Sätze: „Successio, quae non producit novum jus, sed vetus transfert. Succedunt autem ab intestato mero jure soli descendentes, in stirpes, sed ita in ea tantum bona quae parentis erant, cum nascerentur, quia anima eorum per traducem ex anima parentis orta est; caeterorum successio ab intestato pertinet ad fontem pactorum, quia ex lege descendit."

[2]) Es wäre also für Leibniz erforderlich gewesen, auch das Intestaterbrecht aus der Unsterblichkeit der Seele und dem fortdauernden Eigentumsrecht des Toten zu entwickeln, statt es, wie er in dem zweiten Satze tut, ex lege und resp. selbst aus der Überleitung (per traducem) der Seele bei der Zeugung (man vergleiche die Rolle, welche dies bekannte Dogma in der christlichen Theologie spielt) fließen zu lassen; d. h. er hätte das Intestaterbrecht als eine subsidiäre Pro-

Es zeigt sich hier wieder in der direktesten Bestätigung und Ergänzung des oben Gesagten (S. 773, Anmerkung), wie die Leibnizsche Erbrechtstheorie nur Testamentstheorie ist und das Intestatrecht nicht aus sich entwickeln kann, gerade wie die Hegelsche Erbrechtstheorie nur Intestaterbrechtstheorie ist und das Testament nicht aus sich zu erklären vermag.

Leibniz kann, weil er vom individuellen Geist ausgeht, als Erbrechtstheorie nur eine Testamentstheorie produzieren, wie Hegel, weil er vom allgemeinen Geist und resp. der Familie ausgeht, nur eine Intestatrechtstheorie produzieren kann. Letzterer muß deshalb das germanische Erbrecht als identisch mit der Idee des Erbrechtes überhaupt auffassen, wie Leibniz, trotz des diametralen Unterschiedes, auf ein der römischen Erbtumsidee analoges Prinzip geraten muß. Allein wenn sich auch die Leibnizsche Theorie so nach allen Seiten hin auflöst, so bleibt doch als das große Verdienst dieses mit gewaltigem Blick von der Oberfläche der Dinge stets in das tiefste Innere derselben eindringenden Denkers der tiefe Satz übrig, mit welchem wir diese Darstellung schließen wollen:

„Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis."

---

kuration und Stellvertretung des Toten entwickeln müssen, wie dies das römische jus civile tut, wobei sich wieder die geringere Konsequenz des Individuums gegen den Volksgeist zeigt.